



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

**EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN
EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA
ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO**

**Tesis para optar al grado académico de
Magíster en Derecho con mención en Derecho Económico**

**Profesor Guía: Carlos Fortin Cabezas
Alumna: Katia Soto Cárcamo**

**Santiago, Chile
2018**

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.....	6
1. ANTECEDENTES PRELIMINARES DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN..	10
1.1. Entendiendo el principio de precaución.....	10
1.2. La gestión del riesgo y el principio de precaución.....	13
1.3. Desarrollo histórico del principio de precaución en la normativa internacional.....	17
1.4. Componentes teóricos de este principio.....	29
1.4.1. La falta de certeza científica.....	30
1.4.2. El peligro de daño grave e irreversible.....	34
1.4.3. La reversión de la carga de la prueba.....	37
1.5. Distinción entre los principios de precaución y de prevención.....	39
2. RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL	41
2.1. El principio de precaución en la Unión Europea.....	41
2.1.1. Contexto: Emergencia e instrumentos de la Unión Europea.....	41
2.1.2. El principio de precaución en el tratado de la Unión Europea.....	43
2.1.3. El principio de precaución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.....	46

2.1.4.	Comunicación sobre el recurso al principio de precaución.....	50
2.1.5.	El principio de precaución en el derecho derivado comunitario.....	59
2.1.6.	El Libro Blanco sobre la seguridad alimentaria.....	63
2.2.	El principio de precaución en Estados Unidos.....	66
2.3.	El principio de precaución y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente.....	77
2.4.	Principio de precaución versus enfoque precautorio.....	84
3.	LA OMC Y LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS: ANTECEDENTES PREVIOS.....	89
3.1.	Alcances sobre los orígenes de la OMC.....	89
3.2.	Sistema de Solución de Diferencias de la OMC.....	91
3.2.1.	Solución positiva frente a las diferencias.....	95
3.2.2.	Establecimiento de Grupos Especiales y el consenso negativo....	96
3.2.3.	Reconocimiento de la desigualdad.....	98
3.2.4.	Hacia un mejor Sistema de Solución de Diferencias.....	99
4.	EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA OMC.....	102
4.1.	Las disposiciones pertinentes de la normativa de la OMC.....	102
4.2.	La jurisprudencia de la OMC en materia de precaución.....	110
4.2.1.	Caso Hormonas.....	110

4.2.2.	Caso Productos Agrícolas.....	136
4.2.3.	Caso Manzanas.....	152
4.2.4.	Caso Productos Biotecnológicos	163
5.	POSICIÓN ACTUAL DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA OMC Y LA CUESTIÓN DEL RIESGO.....	174
5.1.	Gradual aceptación de un discutido principio.....	174
5.2.	El principio de precaución fuera de los límites del Acuerdo de aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.....	180
5.3.	El principio de precaución en el marco de la gestión de riesgo.....	184
	RESUMEN Y CONCLUSIONES	194
	BIBLIOGRAFÍA.....	203

RESUMEN

Uno de los propósitos fundacionales de la Organización Mundial de Comercio consiste en promover que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad posible, neutralizando los posibles obstáculos que existan para alcanzar este fin. Esta libertad de comercialización es el contexto ideal para el ingreso de nuevos bienes al mercado que presumen estar dotados de novedosas características brindadas por la ciencia y la tecnología sin que se tenga certeza del impacto de su utilización, dado que una evaluación rigurosa de posibles externalidades negativas riñe con las ansias de obtener una rentabilidad a corto plazo.

La circunstancia descrita ha implicado el surgimiento de conflictos entre los países miembros de la citada organización internacional, puesto que en pos de salvaguardar la salud de la población y la preservación del medio ambiente, han recurrido a medidas comerciales para impedir o restringir la entrada de un determinado producto aduciendo que la comercialización de éste podría provocar un problema sanitario y/o fitosanitario.

La presente investigación aborda el reconocimiento del principio de precaución en el Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio como medio de justificación a la luz de las disposiciones del GATT de 1994 y en ausencia de certeza científica acerca de posibles efectos adversos, para la adopción de medidas restrictivas o prohibitivas del comercio internacional necesarias para la protección salud humana y la preservación de la naturaleza. La investigación concluye a través del estudio de cuatro casos la existencia de una creciente aceptación de este principio.

INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2001 apareció publicado en el diario The New York Times un artículo relativo al principio de precaución¹ que explicaba la resistencia de la Organización Mundial de Comercio a aceptar este principio sosteniendo que, aunque parece más fruto del sentido común que una idea revolucionaria, en realidad plantea un desafío radical a la forma de hacer negocios en una civilización moderna, capitalista y tecnológica. A casi dos décadas de dicho artículo, las empresas continúan ingresando vertiginosamente al mercado nuevos bienes y servicios que prometen mejorar la vida cotidiana de los consumidores, con novedosas características brindadas por la ciencia y la tecnología. Surge así la duda si estos productos han sido objeto de una evaluación rigurosa a fin de descartar probables externalidades negativas o bien, si las compañías han preferido una rentabilidad a corto plazo, efectuando un examen conforme a bajo estándares legales e incluso ninguno cuando no existen exigencias normativas.

En el caso de que estas externalidades negativas se traduzcan en riesgos para la salud humana o animal o la preservación del medio ambiente, éstos deben ser

¹ POLLAN, MICHAEL. The Year in Ideas: A to Z.; Precautionary Principle. Magazine. The New York Times. [en línea] <http://www.nytimes.com/2001/12/09/magazine/the-year-in-ideas-a-to-z-precautionary-principle.html>. [consulta 12 de febrero de 2016].

asumidos por los gobiernos en el diseño de sus políticas públicas, toda vez que existe una amenaza que altera el desarrollo de la sociedad en su conjunto.

En este escenario adquiere relevancia la utilización del principio de precaución en la formulación de políticas públicas en el marco de la gestión del riesgo, en virtud del cual se pueden adoptar medidas que involucran la restricción al libre intercambio de mercancías entre países, impidiendo la comercialización de productos sobre los que no existe certeza científica de sus efectos adversos en la población o en la naturaleza. Ilustra lo expuesto, la moratoria implementada en 1999 por la Unión Europea en el área de los organismos genéticamente modificados invocando el principio de precaución².

El reconocimiento del principio de precaución por parte de los gobiernos plantea un desafío para la Organización Mundial de Comercio, toda vez que la aplicación de este principio discrepa del propósito primordial que tiene esta institución internacional, el cual es contribuir a que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad³, neutralizando los posibles obstáculos que se vislumbren para alcanzar este fin, como sucede con las restricciones cuantitativas.

² COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Editorial Reverté. Barcelona, España. 2008. P. 395.

³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Entender la OMC. Capítulo I. Información Básica, p. 9. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact3_s.htm> [consulta 17 de marzo de 2010]

Reflejo de la circunstancia descrita es que la implementación de medidas restrictivas del comercio adoptadas por los países miembros de la Organización Mundial de Comercio invocando el principio de precaución, han llevado la discusión al Sistema de Solución de Diferencias de dicha organización, circunstancia que ha permitido a los Grupos Especiales y al Órgano de Apelación desplegar una argumentación razonada en torno a si los acuerdos abarcados en el seno de este organismo internacional recogen el principio de precaución.

El presente texto pretende dilucidar si el principio de precaución es recogido en alguno de los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio a través del examen de cuatro casos sometidos a conocimiento del Sistema de Solución de Diferencias y en los cuales se ha debatido el reconocimiento de este principio, circunstancia que permitiría invocarlo como medio de justificación en la adopción de medidas sanitarias o fitosanitarias destinadas a la protección de la vida o preservación del medio ambiente.

Para el logro de este objetivo, en primer lugar, se abordará el significado del principio de precaución así como los antecedentes históricos de su recepción en la legislación internacional. En segundo lugar, se expondrán las visiones que poseen la Unión Europea y Estados Unidos, los dos actores principales en torno a la discusión del reconocimiento de este principio en el Sistema de Solución de

Diferencia. En tercer lugar, se esbozará algunos antecedentes históricos de la Organización Mundial de Comercio y se explicará brevemente el Sistema de Solución de Diferencias del que está dotada para posteriormente, en el penúltimo capítulo, desarrollar un análisis de los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, emitidos en los casos DS26 denominado “Hormonas”, DS76 “Productos Agrícolas”, DS245 “Manzanas” y DS291, DS292, DS293 “Productos Biotecnológicos”. Finalmente, producto del análisis mencionado, se expone la posición del principio de precaución en la Organización Mundial de Comercio y la cuestión de la gestión de riesgo.

Analizadas las materias formuladas precedentemente, se espera plantear que el principio de precaución como medio de justificación en la adopción de medidas sanitarias o fitosanitarias destinadas a la protección de la vida o preservación de la naturaleza ha tenido una creciente aceptación en el Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio y, por ende, la resistencia planteada en aquel artículo publicado en diciembre de 2001, posee matices gracias a la interpretación judicial de los acuerdos adoptados en el seno del citado organismo internacional por el Sistema de Solución de Diferencias.

1. ANTECEDENTES PRELIMINARES DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

1.1 Entendiendo el principio de precaución

Los textos legales y académicos que sostienen la existencia del principio de precaución, así como aquellos que plantean la presencia de un enfoque precautorio, dan cuenta que hay distintos puntos de vista al respecto. Ello se debe en parte a que el presente concepto se mueve tanto en un contexto legal como en uno político, puesto que la decisión de implementar a nivel nacional una medida comercial respecto de un producto específico, invocando la precaución como principio, es tomada por instituciones administrativas.

Los diferentes significados del término precaución varían dependiendo del énfasis que se le otorgue a un aspecto en particular. Sin embargo, defensores y críticos del término en estudio están de acuerdo en que se han efectuado desde formulaciones “débiles” que son relativamente protectoras del statu quo hasta formulaciones “fuertes”⁴. Las formulaciones más débiles tienden a ser restrictivas de aquellas sustancias o actividades más tóxicas o amenazantes para la vida humana, instando a que el análisis de costo-beneficio incorpore argumentos de

⁴ JORDAN, ANDREW y O’RIORDAN, THIMOTHY. 3. The Precautionary Principle: a legal and policy history. Publicación WORLD HEALTH ORGANIZATION. The Precautionary Principle: protecting public health, the environment and the future or our children. Editado por Martuzzi, Marco y Tickner, Joel. Dinamarca. P. 37. http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0003/91173/E83079.pdf. [consulta 6 de julio de 2012].

viabilidad técnica y eficiencia económica, así como también enfatice la importancia de motivar sus conclusiones en los dictados de la ciencia.

Por otro lado, la declaración emanada de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte de 1990, presenta un ejemplo de formulación “fuerte” del principio de precaución, al permitir que los estados apliquen el citado principio para evitar potenciales impactos dañinos derivados de sustancias tóxicas incluso cuando no existe evidencia científica que demuestra una relación de causalidad entre las emisiones y los efectos.

Esta forma de entender el principio de precaución va más allá del conocimiento científico que exista acerca de las amenazas al medio ambiente, toda vez que admite actuar ante la falta de certeza científica, siendo esta posición promovida y apoyada por grupos de presión medioambientales como Greenpeace⁵.

Del mismo modo, una formulación en un sentido “fuerte” del principio de precaución es recogida en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que surge de la Conferencia de las Naciones Unidas del mismo nombre efectuada en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, en el año 1992, en el que claramente se manifiesta que la falta de certeza científica

⁵ *Ibidem*.

absoluta no es razón para postergar la adopción de medidas para impedir la degradación del medio ambiente⁶.

De lo expuesto se aprecia que este es el sentido que utilizó la Unión Europea en la década de los 90s, al invocar el principio de precaución para justificar restricciones comerciales a la importación de carnes tratadas con hormonas y de alimentos modificados genéticamente desde Estados Unidos, debido a que se pensaba que estos productos conllevan un riesgo o amenaza para la salud de la población, a pesar que no existía suficiente información científica respecto a los verdaderos efectos que podrían causar en un ser humano. Consecuencia de esta posición tomada por la Unión Europea, en febrero del año 2000, la Comisión de la Comunidades Europeas emitió una Comunicación que definía directrices para tener en cuenta al momento de hacer uso del principio de precaución al adoptar y justificar medidas de índole comercial, documento que se abordará en el siguiente capítulo.

A nuestro entender, la referida comunicación igualmente recoge el principio de precaución en su formulación “fuerte”, pero en cuanto a su implementación, pone énfasis en que este principio se encuentra dentro del marco la gestión de riesgos, y es en razón de esto, que una decisión basada en este principio debe ir

⁶ NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. [en línea]. http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml [consulta 13 de junio de 2011]

precedida de una evaluación de riesgo. Al respecto, sectores ecologistas han criticado que se use el principio de precaución en el contexto del análisis de riesgo⁷, como Greenpeace, que ha reclamado que este énfasis en el análisis de riesgos menoscaba el verdadero sentido y propósito del principio de precaución⁸.

1.2 La gestión del riesgo y el principio de precaución

Resulta difícil comprender el principio de precaución sin explicar previamente el papel que juega la noción de riesgo en la sociedad actual. Este concepto ha mutado con el tiempo, como consecuencia lógica de la evolución de nuestra forma de percibir el mundo; la comunidad en general tiene un ávido interés por su manejo y control, transformándose el riesgo en un factor de relevancia en la consolidación de las relaciones comerciales y en el diseño de las políticas públicas tanto a nivel nacional como internacional.

Los peligros que amenazaban al ser humano al principio de la historia del mundo provenían mayormente de la naturaleza, de la cual se derivaban por ejemplo las inundaciones, sequías o los ataques de animales salvajes. A medida que avanzamos en el tiempo, el hombre fue desarrollando tecnología para

⁷ AGUILAR, SUSANA Y JORDAN ANDREW J. Principio de Precaución, Políticas Públicas y Riesgo. Revista Política y Sociedad, 2003. Volumen 40, N° 3, p. 77 [en línea] http://www.ucm.es/info/socio1/textos/SAguilar_5.doc [consulta 5 agosto de 2010].

⁸ JORDAN, ANDREW y O'RIORDAN, THIMOTHY. 3. The Precautionary Principle: a legal and policy history. Op. Cit. p. 44.

enfrentar aquellos eventos naturales que hacían peligrar su existencia y asimismo, para crear nuevos objetos destinados a mejorar su calidad de vida. Un hito importante en este ir y devenir del ser humano fue la era de la industrialización, que cambió la faz del mundo para siempre, en todos sus aspectos, político, social, económico, etc., época que le dio un carácter más comercial a la tecnología de la que tenía anteriormente.

Si bien es cierto que el desarrollo tecnológico ha generado múltiples beneficios a nuestra existencia, no se puede desconocer el hecho que del mismo modo, ha traído asociado nuevos riesgos, de los cuales en ciertos casos se sabe su resultado, pero en otros, se desconocen los peligros desencadenados por los avances científicos. Nos encontramos ante un riesgo creado por el progreso de la ciencia y la tecnología, donde las fuentes del peligro ya residen en el saber y que no se sitúan en el dominio deficiente de la naturaleza sino en el dominio perfeccionado de la misma⁹. Si antes existían peligros generados externamente (dioses, naturaleza), el nuevo carácter –desde el punto de vista histórico- de los actuales riesgos radica en su simultánea construcción científica y social, y además en un triple sentido: la ciencia se ha convertido en (con) causa, instrumento de definición y fuente de solución de riesgos de modo que así se abren nuevos mercados para la científicación¹⁰. Al respecto, el sociólogo alemán,

⁹ AGUILAR, SUSANA Y JORDAN ANDREW J. Principio de Precaución, Políticas Públicas y Riesgo. Op.cit. p. 63. La autora en este punto hace referencia al sociólogo alemán Ulrich Beck en su libro La Sociedad del Riesgo, Editorial Paidós.

¹⁰ BECK, ULRICH. La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad. Editorial Paidós. 3° edición, junio 2010. Barcelona, España. Pág. 259.

Ulrich Beck, plantea que la científicación es la conceptualización bajo criterios científicos de amplios aspectos de la existencia humana.

Es innegable que el desarrollo de la industria ha generado contaminación, creando un nuevo factor de peligro para el medio ambiente y consecuente con ello para la salud, del mismo modo los avances científicos, como el descubrimiento de la fisión nuclear y su uso en ciertos momentos de la historia, ha conllevado efectos perniciosos para la humanidad. No obstante, en ciertas materias no existe la misma claridad respecto de los efectos adversos de la tecnología, ya sea por falta de estudios científicos o porque sus consecuencias salen a la luz después de varios años, como por ejemplo es el caso de los plaguicidas agrícolas o los organismos genéticamente modificados. En consecuencia, nos enfrentamos a nuevas formas de riesgos, generados por la incertidumbre de los frutos que trae consigo el desarrollo tecnológico.

A lo anterior, se debe sumar la presión del mercado por generar precipitadamente utilidades a partir de los avances científicos, lo que incrementa exponencialmente la dificultad de gestionar estos riesgos derivados de la tecnología, puesto que las compañías prefieren rentabilizar sus productos a corto plazo antes de invertir tiempo y recursos financieros en una evaluación rigurosa de las externalidades negativas que éstos puedan causar, convirtiéndose los consumidores en posibles conejillos de indias. Es así, que cuando las nuevas

herramientas tecnológicas parecen prometer recompensas sociales y –sobre todo- beneficios privados instantáneos, se pasa de inmediato a la fase de aplicación masiva¹¹.

En este escenario surge la relevancia del principio de precaución como una forma de gestionar el riesgo, con el objeto de disminuir los posibles efectos nocivos que puedan derivarse de la implementación de las innovaciones tecnológicas en la vida cotidiana. De esta manera, lo ha entendido la Comisión de las Comunidades Europeas en su Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución, en la cual estableció que la aplicación de este principio forma parte de la gestión del riesgo, cuando la incertidumbre científica no permite su evaluación completa y cuando los responsables consideran que el nivel elegido de protección del medio ambiente o de la salud humana, animal o vegetal puede verse amenazado¹².

La introducción del principio de precaución en la formulación de políticas públicas tendientes a gestionar los riesgos existentes en torno a la salud pública o al medio ambiente, ha generado un conflicto potencial con las normas de liberalización del comercio, toda vez que este principio puede servir de fundamento en la toma de medidas que restrinjan la comercialización de un

¹¹ RIECHMANN, JORGE. 1. Introducción al Principio de Precaución. Para el libro colectivo sobre prevención primaria del cáncer que coordina Juan Antonio Ortega García, vinculado con el curso “El cáncer: una enfermedad prevenible” Murcia, 8 al 29 de marzo de 2007 [en línea] http://www.cima.org.es/archivos/Areas/salud_publica/12_saludpublica.pdf [consulta 23 de febrero de 2012]

¹² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Bruselas, 01.02.2000, COM (2000)1. p. 14. [en línea] http://eur-ex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2000&nu_doc=1 [consulta 17 de marzo de 2010]

producto, de cuyos efectos no se tenga conocimiento cierto. En razón de ello, los detractores del reconocimiento de este principio, argumentan que su implementación por parte de los gobiernos oculta un interés proteccionista del mercado interno.

La precaución como principio se ha desarrollado durante los últimos cuatro decenios, y durante ese tiempo se han presentado numerosos casos en los cuales, existiendo alerta temprana de que ciertos productos causaban daño a la salud, como el amianto¹³, no se implementaron medidas para evitar los perjuicios que hoy en día se conocen.

1.3 Desarrollo histórico del principio de precaución en la normativa internacional

El principio de precaución surge en una primera instancia como una necesidad de proteger el medio ambiente, formando parte del conjunto de principios rectores en materia de legislación ambiental. Con el tiempo se ha expandido su aplicación y discusión a la esfera de la salud pública y del comercio internacional.

¹³ RIECHMANN, JORGE. Op. cit. En 1898 Lucy Deane, inspectora del trabajo del reino Unido, observó que "los efectos malignos del polvo de amianto han sido también investigados mediante el examen microscópico del polvo del mineral (...). Se vio claramente la naturaleza dentada y lacerante, similar al vidrio, de las partículas, y se comprobó que, si se deja que suban y queden suspendidas del aire de la sala, en cualquier cantidad, sus efectos son nocivos, como cabía esperar". Pese a esta y otras advertencias tempranas, el Reino Unido sólo prohibió el amianto "blanco" un siglo después, en 1998 (decisión que adoptó la Unión Europea en 1999). Se esperan que surjan entre 250.000 y 400.000 cánceres causados por amianto en Europa Occidental en 1995-2030, causados por exposiciones en el pasado. Véase David Gee y Morris Greenberg: "Amianto: de mineral mágico a mineral maligno, capítulo 5 de AEMA (Agencia Europea de Medio Ambiente), Lecciones tardías a partir de alertas tempranas: el principio de precaución 1896-2000, Centro de publicaciones MMA (Ministerio de Medio Ambiente), Madrid, 2003.

Contrario a lo que se pudiere pensar, es un principio de reciente data y su desarrollo – como ya se ha indicado- se ha producido en las últimas cuatro décadas. Las raíces del principio de precaución se encuentran en Alemania, país donde la protección ambiental es un tema relevante dentro de su agenda política, desde finales de la década de los sesenta. Es así que en el año 1969, cuando el Partido Socialdemócrata accede al poder en coalición con los liberales, la política medioambiental se consolida como área de gestión independiente basada en un enfoque integral que incluye el principio de precaución o *vorsorgeprinzip*¹⁴. Este término, *vorsorge*, mencionado en el derecho alemán, cubre un abanico de significados que combina “la precaución” con preocuparse en el futuro, y parte de la base, que en la medida de lo posible, los atentados al medio ambiente deben evitarse antes que se produzcan.

En este sentido, *vorsorge* implica la detección precoz de todo peligro para la salud y el medio ambiente mediante una investigación que preste una especial atención a la relaciones de causa-efecto¹⁵. A lo anterior, se debe agregar, que el principio de precaución o *vorsorgeprinzip*, es uno de los cinco principios

¹⁴ AGUILAR, SUSANA Y JORDAN ANDREW J. Principio de Precaución, Políticas Públicas y Riesgo. Op.cit. p. 70.

¹⁵ OANTA, GABRIELA. El Alcance del Principio de Precaución en el Marco de la Organización Mundial del Comercio [en línea]. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7470/1/AD_12_art_37.pdf [consulta 2 de febrero de 2012]. p.689. La noción de *Vorsorge* se compone del sustantivo *sorge* y *besorgen* – preocuparse por- y cuyo significado es prepararse para el futuro que se espera que sea difícil. Al principio, *Vorsorge*, ha sido traducido en la doctrina alemana por “prevención”. Lo mismo ocurrió, también, en otros Estados, como Canadá, por ejemplo, que tradujo la expresión “démarche de precaución” (gestión precautoria) por “démarche préventive (gestión preventiva).

consagrados en la legislación ambiental alemana y mencionada en sus leyes sobre aire limpio, energía nuclear y biotecnología¹⁶.

En la década de los ochenta y noventa se llevaron a cabo conferencias internacionales para discutir la protección del Mar del Norte, en las ciudades de Bremen (1984), Londres (1987), La Haya (1990), Esberj (1995). En dichos encuentros, Alemania introdujo el concepto de precaución en el ámbito internacional¹⁷, como ya lo había efectuado en su legislación.

En efecto, la Declaración de Londres emanada de la Segunda Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte de 1987, recoge claramente el principio en cuestión, al establecer que sus participantes reconocen que, con el fin de proteger al Mar del Norte de los posibles efectos dañinos de sustancias peligrosas, un enfoque de precaución es necesario, el cual puede requerir acciones para controlar las entradas de dichas sustancias, incluso antes de que una relación de causalidad haya sido establecida por la evidencia científica absolutamente clara¹⁸.

¹⁶ EGGERS, BARBARA. The Precautionary Principle in WTO Law. Tesis Doctoral. Universität Hamburg. 2001. p.25.

¹⁷ DOUMA, WYBE TH. The Precautionary Principle. T.M.C. Asser Institute. The Hague. Netherlands. p. 3. [en línea]. <http://www.asser.nl/default.aspx?siteid=7&level1=12221&level2=12249&level3=12394&textid=32498> [consulta 13 de junio de 2011].

¹⁸ Second International Conference on the Protection of the North Sea. London Declaration. 1987. [en línea] www.vliz.be/imisdocs/publications/140155.pdf [consulta 10 de febrero 2012]

Es necesario explicar que en el caso del Mar del Norte se acumuló evidencia de que la contaminación estaba causando daños a gran escala, pero se demoraron las acciones porque los científicos no lograban aportar la prueba de la causalidad. En la conferencia para la protección del Mar del Norte realizada en La Haya en 1990¹⁹, se emitió una declaración que instó a actuar incluso si no existía evidencia científica que probara una relación de causalidad entre las emisiones y su efecto²⁰, recogiendo en este punto todos los elementos del principio de precaución, indicado en el numeral 1.2.

En 1990, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas celebró una conferencia para tratar la implementación del Informe Brundtland. Los participantes acordaron una declaración, que tomó el nombre de la ciudad donde se celebró dicha conferencia, es decir, Bergen²¹. En la citada declaración, que fue adoptada el 15 de mayo de 1990, se mencionó explícitamente el principio de precaución, planteando que para el logro de un desarrollo sustentable, las políticas regulatorias deben basarse en este principio. Respecto del Informe Brundtland, se recuerda que este documento se deriva originalmente de un informe publicado por la ONG Club de Roma, denominado “Los Límites del

¹⁹ La parte pertinente de la declaración señala: “The participants adopted the following premises as basis for their future work. They: will continue to apply the precautionary principle, that is to take action to avoid potentially damaging impacts of substances that are persistent, toxic and liable to bioaccumulate even where there is no scientific evidence to prove a causal link between emission and effects”. Third International Conference on the Protection of the North Sea. Hague Declaration. 1990. [en línea] <http://www.seas-at-risk.org/1images/1990%20Hague%20Declaration.pdf> [consulta 10 de febrero 2012]

²⁰ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 391.

²¹ DOUMA, WYBE TH. The Precautionary Principle. Op. Cit. p. 3.

Crecimiento” preparado por un equipo de investigadores del Instituto Tecnológico de Massachusetts. En este informe se presentan los resultados de simulaciones relativas a la evolución de la población humana sobre la base de la explotación de los recursos naturales, con proyecciones hasta el año 2100. Los resultados demuestran que debido a la búsqueda del crecimiento económico durante el siglo XXI se produce una drástica reducción de la población a causa de la contaminación, la pérdida de tierras cultivables y la escasez de recursos energéticos.

La citada Declaración Ministerial de Bergen sobre el desarrollo sostenible invocó el principio de precaución en su párrafo 7º, el cual indica que para alcanzar el desarrollo sostenible, las partes participantes en ésta declaración deben basar sus políticas en el principio señalado. Dispone, asimismo, que en el caso de existir amenazas de daño grave o irreversible, la falta de certidumbre científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas para impedir el deterioro ambiental²². Este documento da cuenta de todos los componentes que perfilan el principio de precaución, no obstante, cabe hacer presente que nos encontramos ante un instrumento internacional, que no tiene el carácter de vinculante.

²² COZAR ESCALANTE, JOSE. Principio de Precaución y Medio Ambiente. Rev. Esp. Salud Pública. Vol. N° 2, 2005. [en línea] http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200003&lng=es&nrm=iso [consulta 2 de mayo de 2012] p. 137.

El real afianzamiento del principio en estudio se alcanzó con su consagración general en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el año 1992, de donde nace la denominada Declaración de Río, cuyo principio 15 expresa lo siguiente: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”²³.

No obstante la inclusión del principio de precaución en la Declaración de Río, el camino a su consagración fue compleja, ya que en su primera formulación convencional, esto es, en el Convenio de Bamako de 3 de enero de 1991, concluido en el seno de la Organización de la Unidad Africana, el principio de precaución no exigía un riesgo grave e irreversible para el medio ambiente. Sin embargo, a partir del 9 de mayo de 1992, en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, se exige dicho requisito e introduce como innovación la consideración del coste económico de las medidas de precaución²⁴. En efecto, el punto 3 del artículo 3 relativo a los principios de dicha

²³ NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Op. Cit.

²⁴ JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, PATRICIA. Análisis del principio de precaución en Derecho Internacional Público: perspectiva universal y perspectiva regional europea. [en línea]. <http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO0303330007A> [consulta 5 agosto de 2010] P. 15.

convención, expresa lo siguiente: “Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave e irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible”²⁵. Es relevante consignar, que a diferencia de la Declaración de Río, la Convención sobre Cambio Climático es un instrumento internacional vinculante, que fue aprobado y suscrito por 153 naciones.

Otro resultado derivado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo ya mencionado anteriormente, es el Convenio sobre la Diversidad Biológica²⁶, de carácter igualmente vinculante, que se aprobó y suscribió por 156 naciones y el cual abordó la explotación con fines económicos del material genético y la conservación de la biodiversidad. Al respecto, es interesante mencionar que este documento trató el problema de la conservación de la biodiversidad y el uso de la biotecnología, puesto que en relación al uso del material genético, si bien la gran parte se encuentra en los países en desarrollo, son las empresas de las naciones desarrolladas las que hacen mayor uso de él,

²⁵ NACIONES UNIDAS. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático [en línea] <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf> [consulta 6 de abril de 2012]

²⁶ NACIONES UNIDAS. Convenio sobre la Diversidad Biológica. [en línea] <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf> [consulta 6 de agosto de 2010]

en atención a que cuentan con la pericia técnica necesaria. Es por ello que los países en desarrollo argumentaron²⁷ que no estaban recibiendo una compensación por la utilización de sus recursos de biodiversidad, como insumos para las investigaciones médicas y de otros tipos, que ellos debían pagar precios altos por los productos que se derivaban de tales investigaciones y que por lo demás, no tenían participación en el desarrollo tecnológico involucrado. De la lectura del Convenio mencionado se desprende que las alegaciones hechas valer por los países menos desarrollados se encuentran sólo en parte recogidas en los objetivos enunciados en el artículo 1 de este documento, al indicar como finalidad “...la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos...”.

El preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica avala la implementación del principio de precaución, a través de establecer que ante una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza. Hay que agregar que en el marco de este Convenio, las partes celebraron una conferencia en noviembre de 1995, que estableció un grupo de trabajo especial de

²⁷ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 534.

composición abierta²⁸, al cual se le encargó la elaboración de un Protocolo sobre seguridad de la biotecnología moderna, que se concentrara específicamente en los movimientos transfronterizos de cualesquiera organismo vivo modificado que fuera el resultado de la biotecnología moderna y que pudieran tener efectos negativos en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

El citado protocolo, que se completó y adoptó en Montreal el 29 de enero de 2000, establece un sistema que se basa en el procedimiento de acuerdo fundamentado previo, por el cual el estado exportador debe informar su intención de realizar un movimiento transfronterizo de un organismo vivo modificado al estado importador. Éste último decidirá autorizar o no el mencionado movimiento, tomando en consideración argumentaciones científicas, sociales y económicas y la aplicación del principio de precaución²⁹, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10.6, el cual señala en lo medular, que "...El hecho que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a la parte de importación, a fin de evitar o reducir

²⁸ NACIONES UNIDAS. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica. [en línea] <http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-es.pdf> [consulta 2 de mayo de 2012]

²⁹ SINDICO, FRANCESCO. La Prohibición del Comercio Internacional en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología: ¿un desafío a la Organización Mundial del Comercio? Estudios Aduaneros. DGA Aduanas. Boletín N° 13. [en línea] http://www.portal.dga.gov.do/dgagov.net/uploads/file/estudios_aduaneros/boletin-estudios-aduaneros13.pdf [consulta 10 de mayo de 2014]

al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate...”.

La decisión que adopte el estado importador no es irrevocable, puesto que si existen nuevos datos científicos podrá modificarla adoptando una nueva decisión fundamentada que deberá ser notificada al estado exportador en un plazo de 30 días, o bien, el estado exportador podrá solicitar al importador que revise su decisión en el caso que existan cambios en las circunstancias o aparición de nuevos datos científicos y técnicos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12.1 y 12.2 del Protocolo, respectivamente.

En el ámbito del comercio internacional, se hace necesario recordar que en el mes de abril de 1994, se firmaron en la Conferencia Ministerial de Marrakech la mayoría de los acuerdos que se negociaron durante la Ronda de Uruguay, que duró poco más de siete años y que sentó las bases de la actual Organización Mundial de Comercio, en adelante OMC. Entre los acuerdos suscritos por las partes se encuentra uno que trata específicamente sobre la inocuidad de los alimentos, sanidad de los animales y preservación de los vegetales, denominado Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Si bien este acuerdo autoriza a los países miembros de la OMC a establecer sus propias

normas y reglamentaciones³⁰, estas se deben basar en principios científicos, como asimismo aplicarse solo en la medida necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. Ahora bien, en el párrafo 7 del artículo 5 del citado acuerdo, el cual será analizado en los últimos dos capítulos, respecto a la falta de certeza científica permite aplicar en cierto grado el principio de precaución, cuando no existe suficiente información sobre un determinado producto, pero estas medidas son de orden temporal, instando a que la parte que las adopta, recabe los antecedentes adicionales necesarios para una evaluación más objetiva del riesgo y revisar en consecuencia, la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.

En el caso de los organismos regionales, se debe destacar que la Comunidad Europea desde sus orígenes reconoce el principio de precaución, disponiendo expresamente en el Tratado de la Unión Europea,³¹ suscrito el 7 de febrero de 1992, en la ciudad de Maastricht, que su política ambiental estará basada en el principio de cautela, que en definitiva alude al de precaución. En sus inicios la disposición que invocaba el citado principio se encontraba en el artículo 174, sin embargo, actualmente se recoge en el artículo 191 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, la cual es resultado de las modificaciones

³⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, Entender la OMC Información básica. [en línea] http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact3_s.htm [consulta 17 de marzo de 2010]

³¹ UNIÓN EUROPEA. Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada. [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:ES:PDF> [consulta 2 de mayo de 2012]

introducidas por el Tratado de Lisboa, suscrito el 13 de diciembre de 2007 en la ciudad del mismo nombre y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

Debido a los debates suscitados en torno a cuándo y cómo utilizar el principio de precaución en la Unión Europea, se emitió la Comunicación de la Comisión de la Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución³², el 1 de febrero de 2000 en Bruselas, el cual persigue cuatro objetivos que se analizarán en detalle más adelante: 1) exponer la postura de la Comisión ante la aplicación del principio de precaución; 2) establecer directrices de la Comisión para su aplicación; 3) elaborar una posición común sobre cómo evaluar, valorar, gestionar y comunicar los riesgos que la ciencia no puede evaluar todavía plenamente; y, 4) evitar el recurso injustificado al principio de precaución como forma encubierta de proteccionismo. Durante la discusión sobre esta comunicación al interior del Comité relativo al comercio y al medio ambiente de la OMC, se cuestionó la necesidad de integrar el principio de precaución en el régimen jurídico de este organismo o establecerlo como parte de sus directrices, señalándose la falta de definición del citado principio³³.

³² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Op. Cit.

³³ UNU-IAS REPORT. Trading Precaution. The Precautionary Principle and the WTO. P.4. [en línea] www.ias.unu.edu/.../Precautionary%20Principle%20and%20WTO.pdf [consulta 6 de agosto de 2010]

1.4 Componentes teóricos del principio de precaución

Si bien es cierto que a la presente fecha no existe una definición del principio de precaución que se encuentre aceptada unánime e indiscutiblemente en la legislación internacional, de los cuerpos legales que lo recogen como de textos académicos, se desprende la existencia de un consenso en torno a la existencia de elementos singulares e inherentes a este principio, que permiten trazar una línea divisoria, que lo diferencian de otros principios como el de prevención, según se analizará más adelante. Estos componentes relevantes que se reconocen como propios del principio de precaución son:

- 1.4.1 La falta de certeza científica.
- 1.4.2 El peligro de daño grave e irreversible.
- 1.4.3 La reversión de la carga de la prueba.

Sin perjuicio de los elementos enunciados, que se desarrollarán a continuación, existen autores que sugieren que existen otros componentes como la dimensión intertemporal³⁴, aludiendo a que su extensión va más allá de los problemas asociados a los riesgos de corto o mediano plazo, sino que también alcanza los riesgos de largo plazo; la investigación y monitorización para la

³⁴ JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, PATRICIA. Análisis del principio de precaución en Derecho Internacional Público: perspectiva universal y perspectiva regional europea. Op. Cit. p. 15.

detección temprana de riesgos; una reducción general de las cargas ambientales; la promoción de la producción limpia y la innovación; y, un enfoque de cooperación entre las partes interesadas³⁵.

1.4.1 La falta de certeza científica

La falta de certeza científica es uno de los componentes indiscutidos dentro del principio de precaución, el cual se refiere a la inexistencia de pruebas suficientes para aseverar o descartar daños provenientes de un producto o actividad, para la salud humana y el medio ambiente. Es así, que el principio de precaución pretende llenar el vacío que existe entre la incertidumbre científica y la regulación de los riesgos³⁶.

En lo concerniente a la falta de certeza, el catedrático español José Esteve Pardo, ha propuesto una distinción interesante, indicando que existe una clase de incerteza originaria y otra, denominada incerteza sobrevenida³⁷. Este autor explica que la incertidumbre originaria “se da en el caso de nuevas tecnologías o productos que, por falta de experiencia y utilización en un periodo dilatado de tiempo, no muestran la totalidad de sus efectos y sus posibles riesgos. Así la

³⁵ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 391.

³⁶ UNU-IAS REPORT. Trading Precaution. The Precautionary Principle and the WTO. Op. cit. p. 3.

³⁷ ESTEVE PARDO, JOSÉ. La operatividad del principio de precaución en materia ambiental. Consejo General del Poder Judicial. El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español. Manuales de Formación Continuada 26. Madrid, 2004. Ed. Centro de Documentación Judicial. P. 201.

ciencia reclama periodos de tiempo relativamente amplios, veinte o treinta años en muchos casos, para conocer los efectos de muchas tecnologías en organismos vivos. Por ello mismo, esta incerteza originaria se reduce con el tiempo pues con su transcurso se muestran los efectos antes desconocidos, o la falta de los mismos, de una tecnología”. A continuación plantea que “puede darse también una incertidumbre sobrevenida cuando los avances en el conocimiento científico advierten sobre los posibles riesgos hasta entonces no percibidos en productos o procesos técnicos que se creían inocuos o con riesgos muy acotados y controlables.” De acuerdo al autor, la precisión entre uno y otro tipo de certeza, es de utilidad para examinar la jurisprudencia de los tribunales españoles, y argumentar, que no toda incerteza justifica la apelación al principio de precaución, ya que según él existen márgenes de incerteza permitidos porque el riesgo que envuelven está permitido por la sociedad, agregando el ejemplo de los transformadores eléctricos y los vehículos a motor.

Cabe destacar que el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias adoptado por la Organización Mundial de Comercio, el cual recogería el principio de precaución³⁸, exige para la aplicación de medidas, el no disponer de suficientes datos científicos, por lo que su texto

³⁸ Párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF. 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.

reconocería implícitamente uno de los componentes del principio de precaución que es el relativo a la falta de certeza científica.

Más concluyente en este sentido es la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución³⁹, al indicar que el citado recurso no sólo presupone la identificación de efectos potencialmente peligrosos que se derivan de un fenómeno, de un producto o de un proceso, sino que también de una evaluación científica de los riesgos que, debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión.

El documento anterior, enumera a modo de ejemplo los siguientes factores de incertidumbre, que los evaluadores de riesgo, acostumbran a tener en cuenta:

- basarse en modelos animales para establecer los posibles efectos sobre el hombre;
- utilizar escalas de peso corporal para las comparaciones entre las especies;
- adoptar un factor de seguridad en la evaluación de una dosis diaria admisible para tener en cuenta la variabilidad interespecífica; al valor de este factor del grado de incertidumbre de los datos disponibles;

³⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Op. Cit.

- no determinar una dosis diaria admisible para las sustancias reconocidas como genotóxicas y carcinogénicas;
- tomar como base el nivel “ALARA” (as low as reasonably achievable, que se traduce como lo más bajo que sea razonablemente posible)

De esta forma, los gestores de riesgo deben tener pleno conocimiento de estos factores de incertidumbre cuando adoptan medidas basándose en el dictamen científico emitido por los evaluadores. Pero hay situaciones en las cuales los datos no son suficientes, y son en aquellos casos en los cuales los responsables políticos se encuentran frente al dilema de actuar o abstenerse de hacerlo.

El componente examinado es reconocido a su vez en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas relativa a la misma materia en 1992⁴⁰. Este documento en su principio 15 establece que con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades y que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

⁴⁰ NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. [en línea]. http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml [consulta 13 de junio de 2011].

No obstante, la mención que efectúa la Declaración de Río respecto de la falta de certeza científica es en un sentido diferente a lo expuesto en los textos señalados previamente, disponiendo que los Estados no pueden escudarse en la insuficiencia de datos para actuar ante un riesgo de daño grave e irreversible al medio ambiente.

Como se puede apreciar de lo expuesto precedentemente, la incertidumbre científica toma un cariz diferente al formar parte del principio de precaución, transformándose en uno de los elementos desencadenantes para recurrir a este principio para justificar la implementación de una medida comercial en particular. Por el contrario, en ciertos momentos históricos, la insuficiencia de datos o información, resultó ser un motivo para no actuar, como en el caso del Mar del Norte, donde se había acumulado evidencia de que la contaminación generaba daños, pero no existían antecedentes científicos suficientes para probar el nexo causal. Sin embargo, en una declaración de 1990, se instó a actuar incluso si no existía prueba científica de vínculo causal entre las emisiones y sus efectos.

1.4.2 El peligro de daño grave e irreversible

Decidir si se está frente a un peligro de daño grave e irreversible, es una labor compleja, puesto que el término “peligro” es un concepto amplio que implica

variadas connotaciones sociales, y si agregamos la palabra “grave”, necesariamente se requiere previamente de una graduación del riesgo. A fin de acotar el significado de este elemento del principio de precaución, se debe señalar que cuando se hace referencia a los peligros originados por las tecnologías y sus posibles impactos negativos en la salud y el medio ambiente, se está hablando de un tipo peculiar de peligro⁴¹, aquel que es imputable a acciones y decisiones humanas.

Es en razón de lo anterior que para la implementación del principio de precaución se debe procurar analizar los elementos que sustentan la gestión de riesgo, como la proporcionalidad de la respuesta, la no discriminación, el examen de los costos y beneficios de los nuevos desarrollos científicos, ya que no se puede pretender un nivel cero de riesgo.

En tal sentido, la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución⁴², plantea que antes de adoptar una medida, debe intentarse completar, dentro de lo posible, los siguientes cuatro elementos del riesgo:

- a. La identificación del peligro: lo cual significa determinar los agentes biológicos, químicos o físicos que pueden tener efectos adversos.

⁴¹ LAPUENTE, GONZALO. Presupuestos Epistemológicos del Principio de Precaución. I Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación CTS+I. p.4. [en línea] <http://www.oei.es/memoriasctsi/mesa8/m08p10.pdf> [consulta 16 de junio de 2011]

⁴² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Op. Cit.

- b. La caracterización del peligro: este elemento consiste en determinar, en términos cuantitativos o cualitativos, la naturaleza y gravedad de los efectos adversos asociados con los agentes o la actividad que los causa.
- c. La evaluación de la exposición: lo que radica en evaluar cuantitativa o cualitativamente la probabilidad de exposición estudiada.
- d. La caracterización del riesgo: que corresponde a la estimación cualitativa o cuantitativa, teniendo en cuenta las incertidumbres inherentes, la probabilidad, la frecuencia y la gravedad de los potenciales efectos adversos que pueden incidir sobre el medio ambiente o la salud.

En definitiva, la conclusión de que un potencial daño presenta o no las características citadas, va a depender de los mecanismos de evaluación de riesgo que se utilicen, los que a su vez estarán condicionados al nivel o estándar de protección que estime deseable cada país de acuerdo a sus intereses. Estas consideraciones dificultan alcanzar una definición consensuada del principio de precaución, toda vez que se puede tomar decisiones basadas en este principio, pero que en la realidad pueden resultar ser formas de ocultar un proteccionismo comercial. Por lo demás, es imposible prescribir un umbral universal, debiendo analizarse caso a caso.

1.4.3 La reversión de la carga de la prueba

Si bien es cierto que existen textos académicos que establecen la concurrencia de este elemento como parte integrante del principio de precaución, no todos se encuentran contestes en ese sentido. Por ejemplo, la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso de precaución da cabida a que el usuario, la asociación de consumidores o ciudadanos o la autoridad pública sean quienes tengan que demostrar la naturaleza de un peligro y el nivel de riesgo de un producto o de un método. Inclusive este documento plantea que una acción adoptada invocando el principio estudiado puede implicar una cláusula que revierte la carga de la prueba sobre el productor, el fabricante o el importador, pero deja en claro que dicha obligación no puede preverse como un principio general, debiendo examinarse tal posibilidad en cada caso.

La idea de la reversión de la carga de la prueba fue introducida en una primera instancia por la Ley de Protección Ambiental de Suecia de 1969⁴³, respecto de actividades nocivas para el medio ambiente, que postulaba que se debe probar la inocencia en vez de la culpabilidad. La incorporación del cambio del peso de la prueba implicó que el productor de un bien a comercializar, del cual no se tenía información suficiente sobre los efectos de su implementación, debía acreditar que su producto era seguro para la salud de la población y del medio ambiente.

⁴³ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 390.

En el caso de la legislación comunitaria⁴⁴, se aplica el principio de autorización previa o “lista positiva”, antes de la comercialización de ciertos productos como los medicamentos, los plaguicidas o los aditivos alimentarios, lo cual supone ya una manera de aplicar el principio de precaución desplazando la responsabilidad de la producción de pruebas científicas. De esta forma, dicho legislador, por precaución, ha invertido la carga de la prueba estableciendo que estas sustancias son consideradas peligrosas mientras no se demuestre lo contrario, por lo que corresponde a las empresas realizar las investigaciones necesarias para la evaluación de riesgos.

La reversión de la carga de la prueba se contraponen con las actuales reglas del comercio que sitúan el peso de la prueba en el país importador, quien debería poder probar que el producto en cuestión no es seguro⁴⁵. Un reflejo de lo señalado es el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, que establece que cada parte contratante tiene derecho a adoptar aquellas medidas que sean necesarias para lograr el nivel de protección en materia de salud y en el ámbito fitosanitario, pero dichas medidas no pueden ser mantenidas sin prueba científica suficiente. Es decir, los miembros de la OMC están obligados a fundamentar sus decisiones en evidencia científica

⁴⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Op. Cit.

⁴⁵ AGUILAR, SUSANA Y JORDAN ANDREW J. Principio de Precaución, Políticas Públicas y Riesgo. Op.cit. p. 75.

suficiente, por lo que cabría preguntarse, según sugiere la tesista de doctorado Barbara Eggers⁴⁶, si un país exportador que no puede demostrar que su producto es seguro, podría abusar del sistema de la OMC, impugnando la decisión de la autoridad del estado importador por medio del sistema de resolución de conflictos de la organización citada. Del mismo modo, es posible que al no tener prueba científica suficiente, un país se vea impedido de actuar, lo que en definitiva es lo que pretende evitar el principio de precaución, siendo esencial a nuestro juicio considerar la reversión de la carga de la prueba como integrante del citado principio.

1.5. Distinción entre los principios de precaución y de prevención

El principio de prevención es uno de los principios rectores en la legislación ambiental y se encuentra en un peldaño previo al del principio de precaución, en el proceso que sigue el derecho a la hora de hacer frente a los peligros que amenazan el medio ambiente: desde un derecho reactivo, que hace frente a los daños que ya se han producido (quien contamina paga), pasando por un derecho que hace frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta un derecho que prevé y evita amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución)⁴⁷.

⁴⁶ EGGERS, BARBARA. The Precautionary Principle in WTO. Op.cit. p. 200.

⁴⁷ COONEY, ROSIE. El Principio de Precaución en la Conservación de la Biodiversidad y la Gestión de los Recursos Naturales. Organizaciones: Unión Mundial para la Naturaleza, Fauna & Flora International, Traffic y Resources Africa. Noviembre 2004. p. 7. [en línea] <http://www.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/PGC-002.pdf> [consulta 12 de junio de 2011]

De lo expuesto se desprende que el principio de prevención procede en aquellos casos en los cuales si bien existe un peligro que amenaza la salud de la población y el medioambiente, se trata de un riesgo conocido, lo que lo diferencia evidentemente del principio de precaución, el que opera ante una situación de incertidumbre científica o falta de antecedentes suficientes de los efectos de un determinado producto.

El principio de precaución supone el tránsito del modelo de previsión, donde existe conocimiento del riesgo y de los nexos causales, al de la incertidumbre del riesgo. Ambos modelos confluyen, no obstante, en la prevención de un daño temido, que es el objetivo común. Por consiguiente, es ante las limitaciones de la construcción conceptual de la previsibilidad que el principio de precaución desempeña su función⁴⁸.

⁴⁸ ROMEO Casabona, Carlos María. Salud Humana, biotecnología y principio de precaución. Consejo General del Poder Judicial. El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español. Manuales de Formación Continuada 26. Madrid, 2004. Ed. Centro de Documentación Judicial. P. 223.

2. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

2.1. El principio de precaución en la Unión Europea

2.1.1. Contexto: Emergencia e instrumentos de la Unión Europea

El transcurso de la historia da cuenta de que en sucesivas ocasiones vastos territorios de Europa han estado integrados, como sucedió bajo el Imperio Romano, el Imperio Franco de Carlomagno, el Sacro Imperio Romano, la Europa de Napoleón o cuando fue ocupada por los nazis, pero en la mayoría de estas situaciones, la integración se debía a la subyugación de una nación por otra. Después de la Segunda Guerra Mundial, una vez terminado el conflicto se comenzó a pensar nuevamente en la integración, es así por ejemplo, que en 1949 se creó el Consejo de Europa, en 1951 la Comunidad Europea del Carbón y el Acero y, con la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957, se establecieron la Comunidad Europea de Energía Atómica y la Comunidad Económica Europea⁴⁹. La Comunidad Económica Europea, tenía como objetivo instaurar un mercado común entre los estados miembros e impulsar las denominadas “cuatro libertades” que correspondían a la libertad de personas, de bienes, de servicios y de capital.

⁴⁹ SANTON, KATE y McKAY, LIZ. Atlas de Historia del Mundo. Editorial Parragon. Barcelona. España. 2011. p. 308.

Posteriormente, con la firma del Tratado de Maastricht el 7 de febrero de 1992, nació la Unión Europea, que sustituye oficialmente a la Comunidad Económica Europea, como un ente supranacional con el objetivo de crear un mercado único entre sus estados miembros. El Tratado de Maastricht contenía normas claras orientadas a establecer su futura moneda única, que hoy conocemos como “Euro”, su política exterior y de seguridad común, y el refuerzo de la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior. Asimismo, dentro de las directrices impuestas por la Unión Europea a los estados miembros, estaba la obligación de adherirse a la Carta de las Naciones Unidas, defender la democracia y los derechos humanos en su política exterior.

El referido Tratado de Maastricht, también denominado Tratado de la Unión Europea, se actualizó mediante tres instrumentos internacionales: el Tratado de Ámsterdam de 1997, el Tratado de Niza de 2003 y el Tratado de Lisboa de 2009.

El Tratado de la Unión Europea junto al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, son los tratados en base a los cuales se fundamenta la Unión Europea y poseen el mismo valor jurídico. Este último instrumento, de conformidad a lo que establece su primer artículo, organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias. En síntesis, contiene el marco jurídico en que se desarrollan las distintas políticas y

acciones de la Unión Europea y los principios constitucionales que los rigen, excepto en el caso de la política exterior y de seguridad común y la política común de seguridad y defensa, ubicadas en el Tratado de la Unión Europea.

2.1.2. El principio de precaución en el Tratado de la Unión Europea

El Tratado de la Unión Europea aborda tangencialmente el principio de precaución al formular sus directrices en materia de medio ambiente, las cuales están presente en su preámbulo y desarrolladas con mayor detalle en las disposiciones contenidas en el Título XX del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, bajo el epígrafe “Medio Ambiente”, que comprende tres artículos, comenzando por el número 191, que en su versión original (TCE) correspondía al número 174.

El artículo 191 utiliza la expresión “principio de cautela”, el cual es asimilado al principio de precaución, por la Comunicación sobre el recurso al citado principio, emitida por la Comisión de las Comunidades Europeas⁵⁰. La Comunicación agrega que si bien la referencia al principio en estudio se encuentra en el título dedicado al medio ambiente, esto no debe llevar a la conclusión que es sólo aplicable a tal materia⁵¹.

⁵⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Op. Cit.
⁵¹ Ibidem.

El artículo 191 correspondiente a la primera de las disposiciones del Título XX sobre el medio ambiente, establece los objetivos a que debe propender la política de este organismo supranacional en esta materia:

“Artículo 191 (antiguo artículo 174 TCE)

1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:

- la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,
- la protección de la salud de las personas,
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales,
- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático.

2. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”⁵².

⁵² UNIÓN EUROPEA. Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada. Op. Cit.

De la disposición transcrita, se desprende que la política de la Unión Europea en temas relativos al medio ambiente debe fundarse en el principio de precaución, por lo que los gobiernos que la componen al configurar sus programas gubernamentales, implementar normativas e idear nuevos estándares de cumplimiento en materia ambiental, tienen que tener presente este principio.

El académico Luis González Vaqué⁵³, quien fuera Consejero de la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea, es de la postura que el citado artículo debe interpretarse sistemáticamente, esto es, en relación con otras disposiciones del Tratado de la Unión Europea; en particular identifica las contenidas en el artículo 168 (antiguo 152 TCE) que establece que al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión Europea se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana y en el artículo 169 (antiguo 153 TCE), que señala que para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión deberá contribuir a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

⁵³ GONZÁLEZ VAQUÉ, LUIS. La aplicación del de las políticas comunitarias: la actividad legislativa en caso de incertidumbre científica. Consejo General del Poder Judicial. El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español. Manuales de Formación Continuada 26. Madrid, 2004. Ed. Centro de Documentación Judicial. P. 90.

En consecuencia, la interpretación sistemática señalada del artículo 191 en relación a otras disposiciones del Tratado de la Unión Europea, concuerda perfectamente con lo expresado por la Comunicación sobre el recurso al principio de precaución, en cuanto a que este principio no es sólo aplicable en materia ambiental sino también se extiende a los ámbitos de la salud y seguridad pública.

2.1.3. El principio de precaución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Jurisprudencialmente, existen dos sentencias que al margen de la disposición del Artículo 191 (antiguo artículo 174 TCE) en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, refrendaron el reconocimiento de la precaución como principio en el ordenamiento jurídico de la Unión. Ellas fueron dictadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 5 de mayo de 1998, en los asuntos Reino Unido/Comisión C-180/96⁵⁴ y Nacional Farmers' Union C-157/96⁵⁵, ambos casos relacionados con la conocida crisis provocada por la enfermedad de las "vacas locas". En opinión del autor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, abogado general del Tribunal de las Comunidades Europeas, el

⁵⁴ Sentencia de asunto C- 180/96 de 5 de mayo de 1998 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996J0180:ES:HTML>>[consulta 2 de febrero de 2013]

⁵⁵ Sentencia de asunto C- 157/96 de 5 de mayo de 1998 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996CJ0157:ES:HTML>> [consulta 2 de febrero de 2013]

principio de precaución se aplicó con sigilo en resoluciones anteriores a las indicadas, inclusive sin nombrarlo⁵⁶.

El asunto C-180/96, Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en contra de la Comisión de las Comunidades Europeas, tenía por objeto que se anule la Decisión 96/239/CE de 27 de marzo de 1997, emanada de la Comisión, por la que se adoptaron determinadas medidas de emergencia en materia de protección contra la encefalopatía espongiforme bovina o mal de las vacas locas. Al respecto, el Tribunal de Justicia declaró por sentencia de 5 de mayo de 1998, la inadmisibilidad del recurso presentado por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, invocando los principios de cautela o precaución y de acción preventiva.

De igual modo, el asunto C-157/96, tenía por objeto resolver una petición dirigida al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, por la High Court of Justice, Queen's Bench Division, Reino Unido, destinada a obtener una decisión prejudicial sobre la validez del artículo 1 de la señalada Decisión 96/239/CE, en litigio pendiente entre The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union. Finalmente, el Tribunal de

⁵⁶ DÁMASO RUIZ- JARABO COLOMER. El desarrollo comunitario del principio de precaución. Consejo General del Poder Judicial. El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español. Manuales de Formación Continuada 26. Madrid, 2004. Ed. Centro de Documentación Judicial. p. 61.

Justicia decidió que el examen de la cuestión prejudicial no había revelado ningún elemento que pudiera afectar la validez del artículo 1 de la Decisión 96/239/CE, también recurriendo a los principios de cautela o precaución y de acción preventiva.

El Tribunal de Justicia esgrimió los mismos argumentos en ambas sentencias, al momento de hacerse cargo de la falta del principio de proporcionalidad alegado por los demandantes en contra de la Decisión 96/239/CE, los cuales contienen los elementos del principio de precaución que posteriormente serían recogidos en la Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Es así, que los apartados 62, 63 y 64 de la sentencia del asunto Nacional Farmers' Union C-157/96⁵⁷, indican:

“62. En el momento en que se adoptó la Decisión, existía una gran incertidumbre en cuanto a los riesgos que suponían los animales vivos, la carne de vacuno o los productos derivados.

63. Pues bien, ha de admitirse que, cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos.

64. Corrobora este punto de vista el apartado 1 del artículo 130 R del Tratado CE, según el cual la protección de la salud de las personas forma parte de los

⁵⁷ Sentencia de asunto C- 157/96 de 5 de mayo de 1998 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Op. Cit.

objetivos de la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente. El apartado 2 de ese mismo artículo prevé que dicha política, que tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, se basará, entre otros, en los principios de cautela y de acción preventiva, y que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad.”.

Los considerandos señalados, se encuentran reproducidos en el mismo tenor, en los apartados 98, 99 y 100 de la sentencia dictada el 5 de mayo de 1998 en el asunto Reino Unido/Comisión C-180/96.

Estos pronunciamientos judiciales evidenciaron la necesidad de crear reglas para guiar el funcionamiento del principio de precaución, debido a que si bien su aplicación puede producir beneficios para la sociedad, también encierra peligros, ya que involucra derechos fundamentales como el derecho a la salud y al medio ambiente por un lado, y por el otro, a la no discriminación en materia económica e incluso al desarrollo; la existencia de regulaciones claras, evitaría la implementación de medidas que puedan resultar abusivas⁵⁸ e incluso orientadas a una política proteccionista. Surge así la Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución emitido por la Comisión de las Comunidades Europeas.

⁵⁸ DÁMASO RUIZ- JARABO COLOMER. El desarrollo comunitario del principio de precaución. Op. Cit. p. 54.

2.1.4. Comunicación sobre el recurso al principio de precaución

El 13 de abril de 1999, el Consejo de la Unión Europea aprobó una resolución que cubría una serie de materias relativas a la política de consumidores de la Comunidad, en la que instó a la Comisión de las Comunidades Europeas poner especial énfasis en temas de salud y seguridad, requiriéndole “seguir en el futuro, con mayor determinación aún, el principio cautelar en la preparación de propuestas legislativas y en sus otras actividades relacionadas con los consumidores, y definir con carácter prioritario orientaciones claras y eficaces para la aplicación de este principio;”⁵⁹.

En respuesta a la citada resolución, el 1 de febrero de 2000, la Comisión formuló la Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución, documento que fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 8 de febrero del mismo año y que pretendía alcanzar los siguientes objetivos⁶⁰:

- 1) Exponer la postura de la Comisión ante la aplicación del principio de precaución: Al respecto, esta Comunicación tenía el propósito de informar a las partes interesadas, en especial al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Estados miembros de la Unión Europea, el modo en que la Comisión aplicaría

⁵⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Informe del Comité de Representantes al Consejo. Bruselas, 26 de marzo de 1999 (08.04) (OR. EN). 7026/99. [en línea] <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/99/st07/st07026.es99.pdf>> [consulta 12 de enero de 2013].

⁶⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Op. Cit.

el principio de precaución, cuando debe tomar decisiones concernientes al control del riesgo.

- 2) Establecer directrices de la Comisión para su aplicación: La Comunicación indica, que los lineamientos generales sólo pretenden servir de orientación general, no intentan modificar o afectar las disposiciones del Tratado de la Unión Europea ni el Derecho derivado comunitario.
- 3) Elaborar una posición común sobre cómo evaluar, valorar, gestionar y comunicar los riesgos que la ciencia no puede evaluar todavía plenamente: La Comunicación tenía por objetivo establecer una comprensión común de los factores que llevan a recurrir al principio de precaución y su posición en el proceso de toma de decisiones.
- 4) Evitar el recurso injustificado al principio de precaución: Este objetivo encierra la idea de evitar que se recurra al principio de precaución con el fin de encubrir medidas proteccionistas, objetivo que se alcanzaría con la existencia de directrices claras, basadas en principios razonados y coherentes.

De acuerdo a los autores Andrew Jordan y Timothy O’Riordan⁶¹, los países miembros solicitaron a la Comisión de las Comunidades Europea elaborar

⁶¹ JORDAN, ANDREW y O’RIORDAN, TIMOTHY 3. The Precautionary Principle: a legal and policy history. Op. Cit p. 41.

directrices acerca del principio de precaución, en un esfuerzo por llegar a algún acuerdo con los Estados Unidos y en vista de la creciente influencia de las políticas ambientales en la regulación del comercio internacional. Sobre el particular, cabe indicar que en la década de los 90, cuando la Unión Europea invocó el principio de precaución para justificar restricciones comerciales a la carne tratada con hormonas y a alimentos modificados genéticamente, Estados Unidos reclamó que el señalado principio era vago, discriminatorio y una barrera al libre comercio⁶².

La Comunicación reconoció que la única referencia expresa al principio de precaución en los textos legislativos comunitarios, se encuentra en el título dedicado al medio ambiente del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, específicamente el artículo 191 (antiguo artículo 174 TCE), pero que ello no debe llevar a concluir que este principio sólo es aplicable en dicha materia, especialmente cuando una evaluación científica preliminar da lugar a suponer la existencia de efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal que puedan ser incompatibles con el nivel de protección adoptado.

⁶² Argumentos vertidos en el caso "Hormonas" ante el sistema de Solución de Diferencias de la OMC, asuntos DS26, DS48 y DS320.

Al igual que el Tratado de la Unión Europea, la Comisión se abstuvo de definir el principio de precaución y declaró que, tal como ocurre con otros conceptos generales contenidos en la legislación, como la subsidiariedad o la proporcionalidad, eran los responsables políticos y, en último caso, las instancias jurisdiccionales, quienes debían precisar los límites del mismo⁶³. Agrega, sin embargo, que ello no se traduce en una falta de seguridad jurídica, afirmación que es discutible, si se tiene presente que las posturas en contra del reconocimiento del principio de precaución como tal en la legislación internacional, argumentan la ausencia de una definición del mismo.

El principio de precaución en la Comunicación se examina en términos del análisis de riesgo, el cual incluye los siguientes tres elementos:

- 1) Evaluación del riesgo.
- 2) Gestión del riesgo.
- 3) Comunicación del riesgo.

Revela este documento que el principio en cuestión concierne especialmente a la gestión de riesgos, siendo utilizado por los responsables políticos al decidir la alternativa para el nivel de protección elegido y, que por lo tanto, no debe ser confundido con el elemento de prudencia que los científicos aplican en la evaluación de datos científicos, puesto que los evaluadores del riesgo, al

⁶³ GONZÁLEZ VAQUÉ, LUIS. Op. Cit. p. 112.

momento de estar frente a factores de incertidumbre científica, acostumbran utilizar elementos de prudencia, tales como basarse en modelos de animales para determinar posibles efectos sobre el ser humano; utilizar escalas de peso corporal para la comparación entre especies; y, tomar como base el nivel “ALARA” (as low as reasonably achievable, lo más bajo que sea razonablemente posible) para algunos contaminantes tóxicos⁶⁴.

El recurrir a la aplicación del principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso y que la evaluación científica no permite determinar la extensión del riesgo con la certeza suficiente. En consecuencia, la implementación de este principio debería empezar con una evaluación científica del riesgo.

Una vez efectuada la evaluación científica, los responsables pueden tomar la decisión de actuar o no actuar, decisión que puede ir desde financiar un programa de investigación o incluso la decisión de informar a la opinión pública los efectos potencialmente peligrosos de un producto o de un método.

⁶⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Op. Cit. pp. 14-15.

De considerarse necesaria la acción, la Comunicación indica que las medidas basadas en el principio de precaución, deberán ser⁶⁵:

- 1) Proporcionales: Las medidas que decidan adoptarse deben ajustarse al nivel de protección elegido. En este punto, el texto de la Comunicación establece que la reducción del riesgo no puede ser igual a cero y que la prohibición total no puede ser una respuesta proporcional a un riesgo potencial, sin embargo, reconoce que en algunos casos puede ser la única respuesta posible. Es así que ante la probabilidad que el efecto indeseado se produzca y la gravedad del efecto indeseado no sea alto se requerirá una medida menor a la que se adoptaría en caso de que dicha gravedad se incremente.

- 2) No discriminatorias en su aplicación: Esto quiere decir, que situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que las circunstancias diferentes, no se traten del mismo modo, salvo que exista una justificación. La medida que se adopte debe estar orientada a alcanzar el nivel de protección elegido, sin que el origen geográfico y la naturaleza de una producción sirva de base para tratamientos diferentes y arbitrarios.

- 3) Coherentes con medidas similares ya adoptadas: Las medidas que se implementen invocando el principio de precaución deben ser análogas a las

⁶⁵ *Ibidem*. Pp. 18 y sgtes.

ya adoptadas en situaciones similares o utilizando planteamientos parecidos. La Comunicación al respecto razona que si la ausencia de ciertos datos científicos no permite caracterizar el riesgo, por las incertidumbres inherentes a la evaluación, la medida de precaución que se implemente debería tener un alcance y un carácter comparable, de ser posible, a aquellas medidas que se han aplicado en escenarios parecidos, donde se cuenta con todos los datos científicos.

- 4) Basadas en el examen de los posibles beneficios y los costes de la acción o de la falta de acción: Esto significa un análisis de las ventajas e inconvenientes que se puedan derivar de la acción o la falta de acción, análisis que debería incluir un estudio económico de costes y beneficios. Sin perjuicio de lo expuesto, la Comunicación establece que pueden tenerse en cuenta otros métodos de análisis, como los que se refieren a la eficacia y al impacto socioeconómico de las opciones posibles o por otras consideraciones no económicas como la protección de la salud.

- 5) Estudio de la evolución científica: Este punto implica que las medidas deben mantenerse mientras los datos científicos sigan siendo insuficientes, vagos o no concluyentes y mientras el riesgo se considere de tal magnitud como para no aceptar que la sociedad lo asuma. Sin embargo, debido a que la ciencia evoluciona, nuevos datos pueden dar pie a la modificación de las medidas

adoptadas o incluso, puede que se eliminen antes de lo previsto, pero ello no dice relación con el tiempo sino con el desarrollo del conocimiento científico. Por lo tanto, las medidas basadas en el principio de precaución deben ser revisadas a la luz de nuevos datos, con el objeto de decidir su mantención, modificación o eliminación.

- 6) Capaces de designar a quién incumbe aportar las pruebas científicas necesarias para una evaluación del riesgo más completa: Este planteamiento dice relación con la carga de la prueba e implica que las medidas que se fundamenten en el principio de precaución, pueden establecer una responsabilidad en materia de producción de pruebas científicas.

En cuanto a la carga de la prueba -como se ha indicado más arriba- explica la misma Comunicación que existen normas en la legislación comunitaria y en otros países que aplican el principio de autorización previa, conocida también como lista positiva, antes de la comercialización de ciertos tipos de productos, por lo que el legislador en este caso ha invertido claramente la carga de la prueba determinando a priori que ciertas sustancias son peligrosas mientras no se demuestre lo contrario por la empresa que pretende introducir al mercado el producto respectivo.

En los casos en que no existe el procedimiento de autorización previa, de conformidad a la Comunicación, puede que sean el usuario, persona física, la asociación de consumidores, ciudadanos o la autoridad pública quienes tengan que demostrar la potencial peligrosidad de un producto o método. Asimismo, plantea que una acción adoptada en virtud del principio de precaución, en algunos casos puede implicar una cláusula que revierte la carga de la prueba sobre el productor, fabricante o el importador, pero que de ello no puede derivarse un principio general. Por lo que esta posibilidad debiera examinarse caso a caso, cuando se adopte una medida asentada en el principio en cuestión.

Luego de la dictación de la Comunicación sobre el recurso al principio de precaución, grupos medioambientales, así como algunos académicos y representantes de gobiernos sintieron que conflictos interdepartamentales dentro de la Comisión habían menoscabado o cercenado el verdadero significado de este principio, y se manifestaron decepcionados por su utilización en el análisis de riesgos⁶⁶, que terminaba desviando el propósito del principio de precaución.

De igual forma, medioambientalistas reclamaron por las intensas actividades de presión de los sectores industriales durante el proceso de elaboración de la Comunicación. De hecho, el Comité de la Cámara Americana de Comercio de la Unión Europea, argumentó que la precaución no era un principio científico y que

⁶⁶ JORDAN, ANDREW y O'RIORDAN, TIMOTHY 3. The Precautionary Principle: a legal and policy history Op. Cit. p. 44.

no existía una definición generalmente aceptada del mismo, que había una grave preocupación porque la aplicación de una definición separada y adicional pudiera conducir a una politización de la ciencia, y que una etapa previa de evaluación del riesgo debería ser la base sobre la que se tomaran decisiones científicas⁶⁷.

Estas posturas disidentes dan cuenta de que la discusión continúa y recuerda una de las conclusiones que expone la Comunicación, en cuanto a señalar que si bien este documento reafirmaba la posición de la Comunidad a nivel internacional sobre el principio de precaución, este no ponía punto final a la reflexión, sino que serviría como punto de partida para un estudio más amplio de las condiciones en las que debe evaluarse, apreciarse, administrarse y comunicarse los riesgos.

2.1.5. El principio de precaución en el derecho derivado comunitario

Cabe señalar previamente en relación al derecho derivado comunitario, denominado igualmente derecho secundario comunitario –es decir los instrumentos jurídicos basados en los Tratados constitutivos de la Unión- que de conformidad al artículo 288 (antiguo artículo 249 del TCE), para ejercer las competencias de la Unión Europea, las instituciones deben adoptar reglamentos,

⁶⁷ AGUILAR, SUSANA Y JORDAN ANDREW J. Principio de Precaución, Políticas Públicas y Riesgo. Op. Cit. p. 77.

directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes⁶⁸. Asimismo, la citada disposición establece que el reglamento tiene un alcance general, siendo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada uno de los estados miembros de la Unión. La directiva obliga al estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, pero las autoridades nacionales elijen la forma y los medios de cumplimiento. Por su parte, la decisión, es obligatoria solo para los estados destinatarios, en todos sus elementos. Finalmente, las recomendaciones y dictámenes no son vinculantes. El conjunto de estos actos jurídicos más los convenios y acuerdos que se firmen con actores externos, entre los países miembros y entre instituciones de la Unión conforman el derecho derivado comunitario, y las instituciones podrán proceder con efecto legal a estos actos si una disposición del Tratado les confiere la facultad de hacerlo, lo que se conoce como principio de habilitación particular restringida⁶⁹.

El reconocimiento expreso de este principio en el derecho derivado comunitario se manifestó en la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, acto que deroga la Directiva 90/220/CEE⁷⁰. El considerando octavo de la Directiva 2001/18/CE,

⁶⁸ UNIÓN EUROPEA. Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada. Op. Cit. Página 27.

⁶⁹ PARLAMENTO EUROPEO. Fichas técnicas. Fuentes y alcances del Derecho Comunitario. [en línea] <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/1_2_1_es.htm> [consulta 10 de abril de 2013]

⁷⁰ GONZÁLEZ VAQUÉ, LUIS. La aplicación del de las políticas comunitarias: la actividad legislativa en caso de incertidumbre científica. Consejo General del Poder Judicial. El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español. Op. Cit. p. 91.

indica “se ha tenido en cuenta el principio de cautela a la hora de redactar la presente Directiva y debe tenerse en cuenta cuando ésta se aplique”, referencia que se reitera en los artículos 1 y 4.1 del citado documento, concernientes a los objetivos y obligaciones generales respectivamente.

La Directiva 2001/95/CE⁷¹ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad de los productos, la cual en su artículo 8.2 incluyó la siguiente disposición, aludiendo expresamente al principio de precaución: “cuando las autoridades competentes de los Estados miembros adopten medidas tales como las previstas en el apartado 1 y, en particular, las indicadas en las letras d) a f), actuarán de conformidad con lo dispuesto en el Tratado y, en particular, en sus artículos 28 y 30, de manera que las medidas se apliquen de forma proporcionada a la gravedad del riesgo teniendo en cuenta el principio de cautela”.

En este mismo orden de ideas se encuentra el Reglamento 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, que en su texto contiene un artículo específico dedicado al principio de precaución, a saber, el artículo 7. Con posterioridad a esta normativa, surgieron otras relacionadas con el principio objeto de estudio, como es el caso de los

⁷¹ *Ibidem*.

siguientes actos: Directiva 2004/1/CE relativa a la suspensión de la utilización de la azodicarbonamida como agente expansor; Reglamento 852/2004 sobre la higiene de los productos alimenticios; la Directiva 1999/50/CE referente a los preparados para lactantes y preparados de continuación; y, el Reglamento 854/2004 sobre controles sobre controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano⁷².

La recepción comunitaria del principio de precaución en su ordenamiento jurídico implicó un cambio cualitativo en cuanto al carácter vinculante, eficacia y en definitiva proyección jurídica. Los principios de aplicabilidad inmediata del derecho comunitario son la causa de este cambio sustancial puesto que, en virtud de ellos, toda norma comunitaria adquiere automáticamente estatuto de derecho positivo en el ordenamiento interno de los estados miembros, desde que se publica en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

De esta forma, el principio de precaución se integró de pleno derecho en el ordenamiento interno sin necesidad de ninguna fórmula especial de recepción, a excepción de la particularidad de la Directivas⁷³, que son actos legislativos que establecen objetivos que deben cumplir los países de la Unión Europea, pero cada país decide cómo hacerlo.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ BERBEROFF, Dimitriv. *Incertidumbre Científica y Riesgo: Cinco ideas fuerza a propósito del principio de precaución*. Consejo General del Poder Judicial. El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español. Manuales de Formación Continuada 26. Madrid, 2004. Ed. Centro de Documentación Judicial. p. 24.

2.1.6. El Libro Blanco sobre seguridad alimentaria

Casi un mes antes de la presentación de la Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución, la Comisión emitió el Libro Blanco sobre seguridad alimentaria, el 12 de enero del año 2000, en el que se declaró que “la política de seguridad alimentaria debía basarse en el recurso al asesoramiento científico, aplicándose el principio de precaución llegado el caso”⁷⁴.

El Libro Blanco nació de la necesidad de actualizar la legislación comunitaria en materia de seguridad alimentaria, debido a los cambios que la modernidad trajo consigo y que afectaron los métodos de producción y de transformación de los alimentos como asimismo, los controles necesarios para garantizar el respeto de normas aceptables. En razón de lo señalado, propuso un marco jurídico que comprendía el conjunto de la cadena alimentaria, incluida la producción de alimentos seguros a la industria, a los productores, proveedores y consumidores, otorgando la facultad de adoptar medidas de salvaguardia rápidas y eficaces para hacer frente a las emergencia sanitarias en el conjunto de la cadena alimentaria.

⁷⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Blanco sobre la Seguridad Alimentaria. Bruselas, 12.01.2000, COM (1999) 719 final. [en línea] <http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub06_es.pdf> [consulta 21 de septiembre de 2012]

Al mismo tiempo los problemas que acontecieron en relación a la alimentación humana y animal, dentro de los que podemos incluir la conocida enfermedad de las vacas locas, estimularon la discusión de la normativa existente sobre la seguridad alimentaria, que en parte se plasmó en este Libro Blanco.

El documento⁷⁵ formula los siguientes principios generales en los que debería basarse la política europea en lo referente a la seguridad alimentaria:

- a) un enfoque global aplicable a toda la cadena alimentaria;
- b) una definición clara de las funciones de todas las partes involucradas en la cadena alimentaria (fabricantes de piensos para animales, agricultores y operadores del sector alimentario, los Estados miembros, la Comisión, los consumidores);
- c) la rastreabilidad de los alimentos destinados a los humanos y a los animales y de sus ingredientes;
- d) la coherencia, la eficacia y el dinamismo de la política alimentaria;
- e) el análisis de los riesgos (incluida la evaluación, la gestión y la comunicación de los riesgos);
- f) la independencia, la excelencia y la transparencia de los dictámenes científicos;
- g) la aplicación del principio de precaución a la gestión de riesgos.

⁷⁵ *Ibidem.*

Para cumplir sus objetivos, la Comisión estableció la creación de un organismo alimentario europeo independiente, conocido actualmente como Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria o AESA, responsable del asesoramiento científico, la recopilación y el análisis de información y la comunicación de los riesgos.

La gestión del riesgo queda fuera de la esfera de competencia de este organismo, toda vez que esta labor requiere una acción legislativa y de control, no justificándose el traspaso de dicha responsabilidad democrática. Por otro lado, la creación de un organismo con competencia reglamentaria, habría exigido la modificación de las disposiciones del Tratado de la Unión Europea.

El Libro Blanco incluía un anexo, con un plan de acción sobre seguridad alimentaria que comprendía una lista de ochenta y cuatro propuestas legislativas que deberían adoptarse antes de fin de 2002, dentro de las cuales se encontraban las propuestas relativas al establecimiento de un organismo alimentario europeo, actual AESA, a la definición de procedimientos en materia de seguridad alimentaria y la relacionada a una normativa general sobre alimentos.

De dicho plan de acción se derivó el reglamento base que contiene los principios generales de la legislación alimentaria de la Unión Europea, el

Reglamento 178/2002 de 28 de enero de 2002⁷⁶. El artículo 7 de este Reglamento 178/2002 desarrolla el principio de cautela o precaución, permitiendo adoptar medidas provisionales de gestión de riesgos, cuando tras evaluar la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero exista incertidumbre científica. Las medidas adoptadas deben ser proporcionadas y no pueden restringir el comercio más de lo requerido para alcanzar el nivel de protección de salud por el cual haya optado la Comunidad, debiendo ser revisadas en un plazo razonable.

La inclusión del principio en estudio dentro del Libro Blanco de la seguridad alimentaria, así como también en el Reglamento 178/2002, refrenda el reconocimiento del principio de precaución dentro del marco jurídico de la Unión Europea, el que se aplica a una materia tan importante como es la producción y el consumo de alimentos, que es esencial para la sociedad.

2.2. El principio de precaución en Estados Unidos

A diferencia del reconocimiento del principio de precaución efectuado por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, Estados Unidos no ha adoptado

⁷⁶ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Reglamento (CE) N° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:031:0001:0024:ES:PDF>> [consulta 12 de enero de 2013].

oficialmente el principio como base general de toda la reglamentación de riesgos⁷⁷, a pesar de que ratificó la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual dispone en su principio 15 que los estados deberán aplicar el principio de precaución⁷⁸.

La postura actual de Estados Unidos frente al principio en cuestión difiere de la asumida en décadas anteriores, en que el grado de precaución era más alto en este país de lo que era en la Unión Europea; a principios de los años 90, los roles cambiaron, siendo Estados Unidos el que se resistía a controles basados en la precaución, en ámbitos como el cambio climático⁷⁹. En efecto, el citado país insistió en examinar el principio de precaución contenido en el tratado sobre Cambio Climático de 1992 y respondió al documento relativo al principio de precaución de la Comisión Europea con un listado de preguntas escépticas⁸⁰. Con la finalidad de ilustrar los cuestionamientos planteados por Estados Unidos, a continuación se destacan cuatro de las veintisiete preguntas efectuadas por este país y la respuesta emitida por la Comisión Europea⁸¹:

- En su Comunicación, la Comisión establece que la decisión de actuar o no actuar, esto es, aplicar precaución o no, es una “decisión política”. ¿Esto

⁷⁷ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 395.

⁷⁸ NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo 1992. Op. Cit.

⁷⁹ JORDAN, ANDREW y O'RIORDAN, TIMOTHY 3. The Precautionary Principle: a legal and policy history. Op. Cit. p. 40.

⁸⁰ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 395.

⁸¹ EUROPEAN COMMISSION. Comments from the European Commission Service to the Codex Secretariat. [en línea] <http://ec.europa.eu/food/fs/ifsi/eupositions/ccgp/archives/ccgp01_en.html> [consulta 17 de abril de 2013]

significa que la decisión no necesita estar basada científicamente? ¿Cómo la Comisión puede asegurar que el principio de precaución propuesto, no sea usado para justificar la adopción de decisiones arbitrarias cuando no ha sido dispuesta una definición clara y cuando una decisión política determinará su uso?

Al respecto, la comisión respondió que el término “decisión política” usada en la Comunicación significa “decisión de gestión de riesgo” tomada por la autoridad. Esta decisión debe estar basada en la ciencia pero los científicos no deciden el nivel aceptable de riesgo para una sociedad. Esa decisión es esencialmente política o un juicio de valor que deben adoptar las autoridades, como la FDA⁸² o USDA⁸³ en los Estados Unidos, o el Consejo y el parlamento y en ocasiones, la Comisión Europea de la Unión Europea. La Comunicación de la Comisión y las orientaciones propuestas pretenden precisamente evitar decisiones de gestión de riesgos injustificadas y arbitrarias, aclarando cuando el principio de precaución entra en juego y estableciendo condiciones sobre cómo deben actuar los gestores de riesgo. Como se ha explicado, para alcanzar los objetivos de transparencia y evitar decisiones arbitrarias, establecer orientaciones es más importante que proporcionar una definición estática y formal del principio de precaución.

⁸² Food and Drug Administration

⁸³ Department of Agriculture

- Otra consulta efectuada por Estados Unidos, fue la siguiente ¿podría la Comisión explicar qué se entiende por “evaluación incompleta del riesgos? Sobre el particular, la Comisión explicó que el procedimiento de evaluación de riesgo está descrito en el anexo III de la Comunicación e incluye cuatro componentes: identificación del peligro, caracterización del peligro, estimación de la exposición y caracterización del riesgo. Una evaluación incompleta del riesgo es una evaluación preliminar del peligro, donde los expertos no son capaces de realizar completamente los pasos anteriores porque los datos disponibles son incompletos, imprecisos o no concluyentes. A veces, en una evaluación incompleta del riesgo solo es posible científicamente identificar el peligro.

- Asimismo, Estados Unidos solicitó explicar ¿Cómo la Comisión planea utilizar su propuesta del principio de precaución a nivel internacional? En este punto la Comisión considera que podría haber una necesidad real de clarificación acerca del uso del principio de precaución en la OMC. Esto podría también hacer más fácil disipar los miedos relativos a que el principio de precaución se podría usar de una manera arbitraria o injustificada y, por ende, confirmar que las medidas basadas en el principio de precaución deberían respetar los principios básicos del Derecho Comercial tales como, el principio de no discriminación, el principio de menor restricción del comercio y el de transparencia. Claramente, sería de interés para todos los involucrados, y no

en menor medida para la Unión Europea, reafirmar que el principio de precaución no debería ser usado para propósitos proteccionistas. Se podría también considerar si sería útil desarrollar directrices más precisas para la aplicación del principio de precaución. Como ya se ha explicado, esto probablemente aumentará la transparencia y coherencia en el comercio internacional. Por ejemplo, el Codex Alimentarius podría desarrollar tales directrices. La Unión Europea es uno de los más grandes exportadores en el mundo y ha sufrido barreras comerciales impuestas por los países importadores sin una justificación clara.

- Por último, dentro de las preguntas seleccionadas, se encuentra aquella en que se consulta ¿Cómo la Comisión distingue entre su propuesta de principio de precaución y el concepto de “nivel adecuado de protección” contenido en el acuerdo de medidas sanitarias y fitosanitarias de la OMC? A esta pregunta, la Comisión señaló que la aplicación del principio de precaución es una decisión de gestión de riesgo en caso de existir incertidumbre científica. Se justifica la adopción de medidas protectoras provisionales sin esperar más pruebas, cuando la ciencia no es capaz o no es probable dar respuestas rápidas y suficientemente claras sobre un peligro identificado. El acuerdo de medidas sanitarias y fitosanitarias de la OMC, define el “nivel adecuado de protección” como el nivel de riesgo aceptable para los miembros de la OMC. Las medidas de gestión de riesgos suponen que están diseñadas para

alcanzar el nivel de protección de salud o medioambiental elegido. Desde el punto de vista de los servicios de la Comisión, cuando hay incertidumbre científica, como son los riesgos a la salud o el medioambiente, las autoridades pueden tomar medidas protectoras sin tener que esperar hasta que la realidad y seriedad de un riesgo identificado se demuestre plenamente. Por lo tanto, no hay diferencia entre el enfoque de la Comunicación de la Comisión y las disposiciones del mencionado acuerdo de la OMC.

En algunas áreas, Estados Unidos ha adoptado un enfoque precautorio, como la Cláusula Delaney, que supervisa los residuos de pesticidas en los alimentos y los requerimientos de las declaraciones de impacto ambiental. Esta cláusula que lleva el nombre del congresista de Nueva York, Jim Delaney, fue una adición a la Ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos de 1958, en la que se proponía un estándar de riesgo cero, prohibiendo la utilización de pesticidas o fertilizantes que pudieran causar cáncer. En aquella época los conocimientos científicos sobre los efectos de los pesticidas y otros aditivos en la salud eran limitados, por lo que casi no había límite legal⁸⁴.

Los críticos de la citada cláusula sostenían que el estándar de riesgo cero, desincentivaría el desarrollo de pesticidas más seguros, debido a que los más

⁸⁴ THE CENTER ON CONGRESS AT INDIANA UNIVERSITY. Seguridad Alimentaria y la Cláusula Delaney. [en línea] <<http://congress.indiana.edu/es/la-cl%C3%A1usula-delaney>> [consulta 12 de enero de 2013]

avanzados no serían permitidos bajo la Cláusula Delaney. Después de que el Congreso modificara repetidamente esta cláusula, en 1996 fue finalmente revocada y con ello, el estándar de riesgo cero reemplazado por uno de certeza razonable⁸⁵.

La Corte Suprema de Estados Unidos por su parte refrendó la reglamentación precautoria en casos como Ethyl Corp. con APA en 1976 y TVA contra Hill en 1978, pero en el caso conocido como Benceno, Industrial Union Dept., AFL-CIO contra API en 1980, dicho tribunal sostuvo que la Administración de Salud y Seguridad Ocupacional no puede emitir reglamentaciones en base a meras conjeturas acerca de los riesgos inciertos y dictaminó que la citada agencia debía demostrar un riesgo significativo antes de emitir una reglamentación⁸⁶. Este fallo y una guía elaborada por la Academia Nacional de Ciencias estadounidense, estimularon la evaluación científica de riesgos durante las últimas dos décadas⁸⁷.

Esta evaluación de riesgos ha sido criticada dentro de Estados Unidos, según se refleja en la Declaración de Wingspread sobre el principio de precaución, que fue el resultado de una reunión realizada el 26 de enero de 1998 en Racine, en el estado de Wisconsin, en la que asistieron científicos, filósofos, juristas y miembros de grupos ecologistas de Estados Unidos y Canadá. Este documento

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 395.

⁸⁷ *Ibidem*.

sostuvo que los enfoques basados en la evaluación de riesgos no han logrado proteger de una forma adecuada la salud humana y el medio ambiente. Del mismo modo critican el uso de la gestión de riesgos, porque mediante su utilización se abusa de los planteamientos tecnocráticos, los cuales son difíciles de disociar de una toma de posición previa, de tipo político⁸⁸.

En la citada Declaración de Wingspread, se indicó en relación al principio de precaución, que “cuando una actividad amenaza con dañar la salud de los seres humanos o el medio ambiente, se deben tomar medidas de precaución, incluso en caso de que algunas relaciones de causa y efecto no estén completamente determinadas por medios científicos”⁸⁹. Es decir, y en coherencia con las críticas expresadas, se arribó a una definición que no prevé una evaluación y gestión de riesgos.

La idea que Europa aprueba el principio de precaución y busca proactivamente la regulación de los riesgos más que Estados Unidos es una creencia extendida. Es así, que en 1999 el Comisario de Comercio de la Unión Europea, Pascal Lamy, afirmó que en los Estados Unidos creían que si no hay un riesgo demostrado acerca de un producto, este se debe permitir. A continuación indicó

⁸⁸ DE COZAR ESCALANTE, JOSE MANUEL. Principio de Precaución y Medio Ambiente. Rev. Esp. Salud Pública, Madrid, v. 79, N° 2, abril 2005; pp133-144. [en línea] < http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200003&lng=es&nrm=iso > [consulta 15 de mayo de 2012]. P. 139.

⁸⁹ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 390.

que en la Unión Europea se cree que no se debiera permitir alguna cosa si hay una posibilidad de riesgo⁹⁰.

Sin embargo, hay académicos⁹¹ que sostienen que la postura expuesta anteriormente no pasa de ser una creencia popular y que en ciertas ocasiones Estados Unidos ha adoptado una postura más precautoria que la Unión Europea, como sucedió con la enfermedad de las vacas locas. Asimismo, plantean que las diferencias que existen entre la postura de Estados Unidos y la Unión Europea, podrían explicarse, entre otras razones, por sus sistemas políticos y legales, intereses proteccionistas y la percepción de riesgos de su ciudadanía.

De acuerdo al autor John Graham⁹², el gobierno de Estados Unidos considera que la precaución es una buena idea, pero hay múltiples enfoques para su implementación en la gestión de riesgos y que no existe un principio universal de precaución en la política de regulación.

Del mismo modo, argumenta que hay dos peligros principales asociados con un enfoque de precaución extremo. Uno de ellos, es que la innovación

⁹⁰ WIENER, JONATHAN y ROGERS, MICHAEL. Comparing precaution in the United States and Europe. *Journal of Risk Research* 5 (4), 317-349. 2002. Carfax Publishing. Taylor & Francis Group. [en línea] <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1985&context=faculty_scholarship > [consulta 12 de enero de 2013]. p. 318.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² GRAHAM, JOHN. The Perils of the Precautionary Principle: Lessons from the American and European Experience. *Heritage Lectures*. January 15, 2004. Published by The Heritage Foundation. [en línea] <<http://www.heritage.org/research/lecture/the-perils-of-the-precautionary-principle-lessons-from-the-american-and-european-experience>> [consulta 2 de febrero de 2013]

tecnológica se reprima, lo que dificultaría el progreso económico. Un segundo peligro, más sutil, es que la salud pública y el medio ambiente se verían perjudicados ya que las energías de los reguladores y la comunidad regulada se desviarían desde peligros conocidos a unos especulativos y mal fundados.

En relación a las aprehensiones señaladas, cabe hacer presente que durante las negociaciones efectuadas en la conferencia ministerial de la Organización Mundial de Comercio, celebrada en noviembre de 2001 en Doha, el Comisario Europea de Comercio, Pascal Lamy, antes de la firma de la Declaración de Doha y con la intención de tranquilizar al representante especial del Presidente estadounidense para el comercio internacional, Robert Zoellick, le escribió: “Usted me comunicó las profundas preocupaciones de su gobierno, particularmente en lo concerniente al comercio de productos biotecnológicos y a la ejecución de los aspectos comerciales de los acuerdos multilaterales sobre la bioseguridad, actuales o futuros, y expresó su inquietud porque Europa podría utilizar negociaciones resueltas en Doha como medio para justificar barreras ilegítimas al comercio. A ese respecto, y en tanto que negociador de la Comisión Europea, le escribo para asegurarle que ese no será el caso. Igualmente quiero asegurarle que no utilizaré esas negociaciones para modificar el equilibrio de los

derechos y obligaciones en el seno de la OMC, en lo que concierne al principio de precaución”⁹³.

Es claro que Estados Unidos ha preferido una visión no vinculante del principio de precaución y ha optado por no definirlo como principio, sino como enfoque⁹⁴. Lo anterior, quizás explique las tensiones que se han generado en las negociaciones ambientales internacionales alrededor de este tema y que producto de ello las formulaciones del principio de precaución han sido variables y ambiguas⁹⁵.

La posición señalada se vio refrendada en el caso “Hormonas”⁹⁶, en la que la Comunidad Europea argumentó que existía un principio de derecho internacional generalmente aceptado, que podría denominarse principio de precaución, ante lo cual Estados Unidos contestó que dicha posición era errónea, ya que el citado principio podía ser caracterizado como un enfoque, como un criterio, cuyo contenido varía de uno a otro caso.

⁹³ GEORGE, SUSAN. Ofensiva estadounidense sobre los organismos genéticamente modificados. Selección de artículos de Le Monde Diplomatique. Organismos Genéticamente Modificados. Transgénicos ¿Progreso o peligro? Selección de artículos. Editorial Aún Creemos en los Sueños. Santiago, Chile. 2003. p. 57

⁹⁴ La distinción entre principio de precaución y enfoque precautorio se analiza en el epígrafe 2.4 del presente capítulo.

⁹⁵ ORDUZ, NATALIA y UPRIMNY, RODRIGO. El principio de precaución y la Amazonia. Documento de consultoría para el proyecto Amazonia posible y sostenible. [en línea] <http://www.cepal.org/colombia/noticias/paginas/6/44936/Principio_de_Precauci%C3%B3n.pdf> [consulta 2 de febrero de 2013]

⁹⁶ OANTA, GABRIELA. El Alcance del Principio de Precaución en el Marco de la Organización Mundial del Comercio. Op. Cit. Página 19. Nota (15) p. 696. Caso “Hormonas”: Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos-Estados Unidos.

Es interesante mencionar, que dentro de las críticas efectuadas por el gobierno de Estado Unidos a la Comunicación sobre el recurso al principio de precaución, se encuentra que este documento no clarifica si entiende lo mismo por principio/enfoque precautorio. De igual forma, criticaron que el texto señalado, no definió el principio de precaución, que además, libera la decisión de actuar o no actuar ante una decisión política y no científica, que no aclara cómo se utilizarían los resultados de análisis de costo-beneficio ni las consideraciones socioeconómicas junto con el concepto⁹⁷.

2.3. El principio de precaución y los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente

Los Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente, en adelante AMUMA, corresponden a compromisos asumidos entre varias naciones soberanas, que buscan hacer frente a las consecuencias de la degradación ambiental mundial y regional⁹⁸. Hay autores que reconocen que la mejor vía para alcanzar la regulación ambiental es a través de acuerdos multilaterales, más que por medio de acuerdos bilaterales. En razón de ello, en 1992 en la Comisión Mundial de

⁹⁷ ARTIGAS, CARMEN. El principio precautorio en el derecho y la política internacional. Cepal. División de Recursos Naturales e Infraestructura. Serie 22. Santiago de Chile, mayo 2001. [en línea] <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/7030/LCL1535-P-E.pdf>> [consulta 2 de julio de 2011] p. 31.

⁹⁸ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 476.

Medio sobre Medio Ambiente y Desarrollo, los asistentes a la conferencia avalaron lo que actualmente se conoce como AMUMA⁹⁹.

De acuerdo a información entregada por la OMC¹⁰⁰, en la actualidad se encuentran en vigor más de 250 AMUMA relativas a diversas materias ambientales, de los cuales aproximadamente 20 incluyen disposiciones que pueden afectar el comercio, como por ejemplo, contener medidas que prohíben el comercio de determinadas especies o productos o permiten a los países que lo restrinjan bajo ciertas condiciones.

Debido a la existencia de AMUMA que concernían a materias comerciales, en la Conferencia Ministerial de Doha de 2001, los miembros acordaron celebrar negociaciones sobre la relación entre las normas de la OMC y los señalados AMUMA, especialmente aquellos que contienen obligaciones comerciales específicas. Las citadas negociaciones tienen lugar en las reuniones del Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC en Sesión Extraordinaria. Asimismo, se acordó que dichas negociaciones se limitarían a la aplicabilidad de las normas de la OMC a los miembros de ésta que hayan firmado el AMUMA respectivo¹⁰¹.

⁹⁹ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 467.

¹⁰⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Medio Ambiente: Negociaciones. El mandato de Doha relativo a los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) [en línea] <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envir_neg_mea_s.htm> [consulta de 2 de febrero de 2013]

¹⁰¹ Ibidem

Es útil consignar que algunos de los AMUMA existentes incluyen más partes contratantes que las incluidas en la OMC¹⁰², como por ejemplo, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, tiene 152 partes contratantes, el protocolo de Montreal 175, el Convenio de Basilea 147, el Convenio sobre la Diversidad Biológica 168 y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 176 en comparación con los 164 estados miembros de la OMC.

Dentro de los principales AMUMA¹⁰³, se encuentran: Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), de 1975; Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985, del cual se derivó el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono estratosférica, de 1987; Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, de 1992; Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1993, del cual nace posteriormente el Protocolo de Cartagena sobre bioseguridad, 2000; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1994, el que dio lugar al Protocolo de Kyoto de 1998; Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, de

¹⁰² COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 467.

¹⁰³ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 476.

1998; y, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, de 2001.

De los AMUMA señalados, los siguientes hacen mención a la precaución, de diversas formas:

- 1) Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono¹⁰⁴: Este Convenio que fuera aprobado en 1985 y que entró en vigor el 22 de septiembre de 1988, es denominado frecuentemente marco, debido a que ha servido de base en el esfuerzo de proteger la capa de ozono del planeta. Es interesante mencionar, que en el 2009 el presente Convenio de Viena llegó a ser el primer convenio en alcanzar ratificación universal¹⁰⁵.

El citado Convenio, en su preámbulo párrafo quinto, indica: “Las partes del presente Convenio, teniendo presentes también las medidas de precaución que ya se han adoptado, en los ámbito nacional e internacional, para la protección de la capa de ozono”. Del texto señalado se desprende una alusión genérica a la acción de precaución, pero evidentemente no otorgándole el carácter de un principio.

¹⁰⁴ CONVENIO DE VIENA PARA LA PROTECCIÓN DE LA CAPA DE OZONO. [en línea] <http://montreal-protocol.org/new_site/sp/Treaties/treaties_decisions-hb.php?nav_id=2082> [consulta 12 de enero 2013]

¹⁰⁵ Información obtenida de la página oficial del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono. <http://montreal-protocol.org>

2) Convenio sobre la Diversidad Biológica¹⁰⁶: Este Convenio fue resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, que se llevó a cabo en Río de Janeiro en junio de 1992. Este instrumento internacional, que fuera aprobado en 1992, entró en vigor en diciembre de 1993¹⁰⁷.

Este Convenio, que surgió de la misma Conferencia que dio lugar a la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, si bien no menciona al principio de precaución en su texto, si alude a su significado en el preámbulo párrafo noveno, al indicar: “Observando también que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir el mínimo esa amenaza”.

El citado acuerdo internacional avala el principio de precaución al establecer que ante un peligro que afecta a la diversidad biológica, la falta de certeza científica no será excusa suficiente para no actuar.

¹⁰⁶ NACIONES UNIDAS. Convenio de la Diversidad Biológica. [en línea] < <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf> > [consulta 12 de enero 2013]

¹⁰⁷ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 534.

Por otro lado, las partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología¹⁰⁸, en su preámbulo y en su artículo 1, en el que plantea el objetivo del citado Protocolo, aluden al “enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río”.

- 3) Convención Marco sobre el Cambio Climático¹⁰⁹: Este Convenio vinculante fue presentado y adoptado por más de 150 naciones en la referida Conferencia de las Naciones Unidas. En el mismo documento, se estipuló la ratificación por parte de 50 países, lo que se logró en diciembre de 1993¹¹⁰.

El instrumento internacional estableció en su artículo 3 bajo el epígrafe principios, lo siguiente: “Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total incertidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los

¹⁰⁸ NACIONES UNIDAS. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica. [en línea] <http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-es.pdf> [consulta 2 de mayo de 2012]

¹⁰⁹ NACIONES UNIDAS. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Op. Cit.

¹¹⁰ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 512.

distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas.”

Al igual que lo expresado en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, si bien la Convención Marco de la Naciones Unidas para el Cambio Climático no menciona expresamente al principio de precaución, si plantea elementos centrales de este concepto, como lo es actuar ante una amenaza de daño grave o irreversible, aun ante la falta de datos científicos.

- 4) Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes¹¹¹: El Convenio en cuestión, a instancias del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, fue firmado y entró en vigor el 17 de mayo de 2004¹¹².

El preámbulo de este documento, en su párrafo octavo, hace mención a la idea de precaución, y, su artículo 1, que aborda el objetivo de este Convenio, se refiere expresamente al principio en estudio, al señalar: “Teniendo

¹¹¹ CONVENIO DE ESTOCOLMO SOBRE CONTAMINANTES ORGÁNICOS PERSISTENTES. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:209:0003:0029:ES:PDF>> [consulta 12 de enero 2013]

¹¹² PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE y STOCKHOLM CONVENTION. Success Stories Stockholm Convention 2001-2011. [en línea] <<http://chm.pops.int/Home/tabid/2121/mctl/ViewDetails/EventModID/870/EventID/331/xmid/6921/Default.aspx>> [consulta 12 de enero 2013]

presente el principio de precaución consagrado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Convenio es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes”.

Estos compromisos asumidos por varias naciones dan cuenta del interés que existe por dejar en claro la necesidad de poder tomar medidas basadas en el principio de precaución, en el sentido de actuar ante alguna amenaza o peligro a la salud pública o al medio ambiente, aún cuando no exista información o certeza científica. En efecto, de los AMUMA descritos precedentemente, se aprecia que en las últimas dos décadas, y quizás a partir de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, estos acuerdos utilizan el lenguaje del artículo 15 de la citada Declaración y consecuentemente con ello, su texto cristaliza los elementos del principio de precaución.

2.4. Principio de precaución versus enfoque precautorio

La postura sostenida por Estados Unidos respecto de que el principio de precaución no es un principio sino un enfoque o criterio, plantea la cuestión de cuál es la importancia de optar entre uno u otro concepto. La respuesta se dificulta si se tiene en cuenta que existen acuerdos internacionales que utilizan indistintamente la expresión principio y enfoque, como es el caso citado del

Protocolo de Cartagena, que en su artículo 1, menciona el “enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río”. Inclusive, la señalada Declaración de Río de 1992, usa la palabra “approach” o enfoque en su versión en inglés y la palabra “principio” en su versión en español¹¹³, circunstancia que da cuenta de la falta de acuerdo en torno al reconocimiento de la precaución como principio, hecho que puede tener su origen en una falta de voluntad política.

Algunos autores han señalado que una de las principales diferencias que existen entre enfoque y principio, radicaría en la circunstancia que el término “principio” se referiría a situaciones de gran incertidumbre con riesgo de daño irreversible a costos elevados y el concepto “criterio o enfoque”, aludiría a escenarios donde el grado de incertidumbre y los costos son meramente significativos y el daño es poco probable que sea irreversible¹¹⁴.

Existen otros autores¹¹⁵ que plantean que el “principio de precaución” es interpretado a menudo como una obligación positiva impuesta a los organismos reguladores que les mandata prevenir la materialización de riesgos

¹¹³ WORLD COMMISSION ON THE ETHICS OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE AND TECHNOLOGY (COMEST). The Precautionary Principle. Unesco, marzo 2005. p. 23 [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578e.pdf>> [consulta 16 de mayo de 2010]

¹¹⁴ NAVA ESCUDERO, CESAR. El Principio de Precaución en el Derecho Internacional Ambiental. Revista de Derecho Ambiental y Ecología, México, año 1, N° 2, agosto-septiembre de 2004. [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3013/7.pdf>> [consulta 23 de mayo de 2010] Citando a los autores, Birnie, Patricia y Boyle, Alan. International Law and the Environment, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 116.

¹¹⁵ PEEL, Jacqueline. Precaution- A matter of principle, approach or process? Melbourne Journal of International Law N° 483. 2004. [en línea] <https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0003/1681122/Peel.pdf> [consulta 9 de mayo de 2018]. p.p. 4-5.

a la salud o medioambientales. En consecuencia, la sola presencia de incertidumbre científica se convierte en una detonante para la adopción de medidas precautorias como también para que se revierta la carga de la prueba.

En lo concerniente al enfoque precautorio hay quienes señalan¹¹⁶ que una forma de definirlo consiste en recurrir a la postura que argumenta que éste permite a los organismos reguladores tomar medidas precautorias en ciertas circunstancias, sin tener que dictar una respuesta en particular para todos los casos. Es decir, a diferencia de un principio de precaución del que emana la obligación de enfrentar una amenaza potencial cada vez que surge una situación donde hay falta de certeza científica, un enfoque podría dar a los organismos reguladores una gran flexibilidad de respuesta, dependiendo de las incertidumbres subyacentes y la gravedad de la amenaza de daño al medioambiente, convirtiéndose de este modo la falta de certeza científica en un indicador de la necesidad de adoptar un “enfoque precautorio” en la toma de decisiones, pero no una causa inmediata para implementar medidas.

Si bien lo expuesto demuestra que resulta difícil perfilar el límite entre uno y otro concepto, si da cuenta que la elección entre principio de precaución y enfoque precautorio dice relación con el proceso de toma de decisión por parte de las autoridades. En efecto, los principios juegan distinto rol en todos los

¹¹⁶ PEEL, JACQUELINE. Precaution- A matter of principle, approach or process? Op. Cit. p. 9.

sistemas legales, siendo variada su función. Es así, que los principios desempeñan un papel importante en la argumentación legal del sistema anglo americano, ya que su función se concentra en llenar vacíos en su legislación¹¹⁷, lo cual quizás podría explicar en parte el rechazo de Estados Unidos al reconocimiento del principio de precaución.

Por otra parte, en opinión del autor Max Sorensen¹¹⁸, si un respectivo principio se afirma constantemente en las decisiones judiciales y se acepta en la práctica de los Estados, debe adquirir evidentemente el carácter de costumbre, sin que importe que dicho principio haya sido tomado del derecho interno. El principio en cuestión queda incorporado al derecho internacional como resultado normal de las fuentes de ese sistema. Circunstancia que sumada a lo expuesto en el párrafo precedente explicarían aquellas posturas inclinadas simplemente por considerar a la precaución como un enfoque o criterio, punto de vista que en estos días es embarazoso sostener si se toma en cuenta que el principio de precaución ya es considerado uno de los principios más reconocidos en materia de derecho ambiental.

En el principio de precaución confluyen ideas tales como protección a la salud humana y el medio ambiente, desarrollo e innovación tecnológica y medidas

¹¹⁷ EGGERS, BARBARA. The Precautionary Principle in WTO Law. Universität Hamburg. 2001. Op. Cit. p.64.

¹¹⁸ SORENSEN, MAX. Manual de Derecho Internacional Público. Editorial Fondo de Cultura Económica. Undécima reimpresión. México. 2010. p. 175.

comerciales. Si bien actualmente la discusión acerca de su reconocimiento se encuentra vigente, llama la atención el hecho que todas las posturas acerca de la precaución aceptan en mayor o menor medida la necesidad de actuar ante los riesgos provocados por algún producto, aunque no se tengan los conocimientos científicos suficientes.

3. LA OMC Y LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS: ANTECEDENTES PREVIOS

3.1. Alcances sobre los orígenes de la OMC

La historia de la OMC comienza en 1946, durante la primera sesión del Consejo Económico y Social, uno de los órganos principales de la Naciones Unidas que figuran en la Carta del mismo nombre, donde se decidió convocar a una conferencia sobre comercio y empleo. Luego de una serie de conferencias, se adoptó el 24 de marzo de 1948 en la ciudad de la Habana una Carta para la creación de la Organización Internacional de Comercio¹¹⁹, en adelante OIC.

La intención original que había detrás de la creación de la OIC era establecer una tercera institución que se ocupara del comercio en la cooperación económica internacional y que se sumara a las dos instituciones de Bretton Woods¹²⁰, esto es, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

Sin embargo, desde la firma de la Carta de la Habana, se distinguen fracturas entre tres grupos de países: los Estados Unidos, que desean la supresión general

¹¹⁹ SORENSEN, MAX. Manual de Derecho Internacional Público. Op. Cit. p. 577.

¹²⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Entender la OMC Información básica. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact3_s.htm> [consulta 17 de marzo de 2010] p. 16.

de barreras comerciales; los países europeos, preocupados por defender sus economías devastadas por la guerra y sus vínculos privilegiados en el marco colonial; y, los países en desarrollo, que reclaman un trato especial para recuperarse de su atraso económico. Estos antagonismos imposibilitan el entendimiento de cómo funcionaría la OIC, e incluso Estados Unidos renunció a ratificar el tratado que crea la OIC, provocando la caducidad de un texto que no podía funcionar sin el apoyo de la única potencia económica de la época¹²¹.

El comité preparatorio establecido por el Consejo Económico y Social para preparar la conferencia de la Habana tomó la iniciativa de un acuerdo para la reducción de los aranceles y otras barreras del comercio¹²², el cual resultó ser el GATT de 30 de octubre de 1947¹²³, que se convirtió en el único texto operativo sobre los intercambios comerciales durante cincuenta años. Además de generar una institucionalización de hecho, el GATT permitirá afinar las reglas comerciales internacionales a través de rondas de negociaciones, empezando por la Ronda en Annecy, Francia, en 1949 y culminando en la “Ronda de Uruguay”, que dio lugar a la creación de la OMC. Es así, que el 15 de abril de 1994 se firmó en Marrakech, Marruecos, el Acta Final de la Ronda de Uruguay que crea la OMC y nuevos acuerdos de índole comercial¹²⁴, los cuales se basan en principios simples y

¹²¹ SOREL, JEAN MARC. Resolución de Litigios en la OMC. Cuadernos de la Escuela de Posgrado Ciudad Argentina. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires- Madrid. 2004. p. 17.

¹²² SORENSEN, MAX. Manual de Derecho Internacional Público. Op. Cit. p. 577.

¹²³ Se utilizará la sigla GATT, puesto que es la más utilizada en los textos consultados, que significa General Agreement on Tariffs and Trade o en español, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

¹²⁴ SOREL, JEAN MARC. Resolución de Litigios en la OMC. Op. Cit. p.p. 17-19.

fundamentales del sistema multilateral de comercio¹²⁵, que apuntan a que este sistema debe ser no discriminatorio (condición de nación más favorecida y trato nacional), más libre, más previsible y recíprocamente ventajoso.

En relación al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 o GATT de 1994, cabe precisar que si bien es un cuerpo jurídico distinto del GATT de 1947, recoge las disposiciones de este último y las de varios instrumentos que entraron en vigor en el marco del GATT de 1947, tales como protocolos y certificación relativos a concesiones arancelarias y demás decisiones entre las partes contratantes del GATT de 1947, entre otros, incorporando en consecuencia todo su acervo jurídico.

3.2. Sistema de Solución de Diferencias de la OMC

El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC regulado en el denominado Entendimiento de Solución de Diferencias, en adelante ESD, es el resultado de una codificación de las prácticas desarrolladas durante la vigencia del antiguo GATT, desde su creación en 1947, cuyas únicas disposiciones sobre solución de diferencias se encontraban contenidas en los artículos XXII y XXIII, que no contemplaban aspectos de procedimiento¹²⁶, los que son de suma importancia a

¹²⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Entender la OMC Información básica. Op. Cit. p. 10.

¹²⁶ SAEZ, SEBASTIÁN. Estrategia y negociación en el sistema multilateral de comercio. Economía Internacional aplicada. Dolmen Ediciones S.A. Santiago. Chile. 1999. P. 328.

la hora de transparentar las decisiones que emanan de una controversia, siendo incluidos en el ESD. El párrafo 1 del artículo 3 del ESD¹²⁷ refrenda lo expuesto, al señalar que: “Los miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha de amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento.”

Previo establecimiento del ESD, los citados artículos XXII y XXIII demostraron ser insuficientes para lograr el cumplimiento de los acuerdos internacionales celebrados, por lo que era necesario fortalecer el sistema de solución de controversias que se venía implementando al interior del GATT, toda vez que los instrumentos internacionales son evaluados en función del contenido sustancial de sus disposiciones y por la capacidad de hacer cumplir lo que en ellos se establece¹²⁸. Habida consideración de la necesidad de reformar el mencionado sistema, durante las negociaciones efectuadas en el marco de la Ronda de Uruguay las partes contratantes adoptaron la Decisión de Mejora de Reglas y Procedimientos de Resolución de Litigios del GATT de 12 de abril de 1989, cuyos aportes fueron casi todos confirmados en el ESD de 1994¹²⁹.

¹²⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. [en línea]<http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu.pdf>[consulta 2 de febrero de 2013]

¹²⁸ SAEZ, SEBASTIÁN. Estrategia y negociación en el sistema multilateral de comercio. Op. Cit. p. 327.

¹²⁹ SOREL, JEAN MARC. Resolución de Litigios en la OMC. Op. Cit. p. 31.

El establecimiento explícito en el ESD de mecanismos que se activan en el evento que se presente una controversia, otorga previsibilidad al sistema según lo plantea el párrafo 2 del artículo 3 del mismo texto legal¹³⁰, dando certeza a sus miembros que su situación jurídica no será modificada, sino por procesos consagrados previamente. Además, la creación de una instancia de apelación en la que el Órgano Permanente de Apelación revisa los aspectos de derecho de las conclusiones y recomendaciones contenidas en los informes de los Grupos Especiales, consagra mayores garantías a las partes involucradas, otorgando certeza sobre las materias legales y de interpretación aplicadas¹³¹.

La instancia superior en el proceso de resolución de controversias es el Órgano de Solución de Diferencias, en adelante OSD, el cual debe administrar las normas y procedimientos establecidos en el ESD, así como también las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, salvo disposición en contrario. El control que mantiene el OSD respecto del desarrollo de éste proceso de resolución de litigios, incluso cuando entran en juego reglas particulares, de acuerdo al autor Sorel, es un incuestionable factor de unificación e integración del control del respeto de las obligaciones convencionales¹³². Por tal razón, el párrafo 1 del artículo 2 del ESD faculta al OSD para establecer grupos especiales, adoptar informes de estos

¹³⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Op. Cit.

¹³¹ SAEZ, SEBASTIÁN. Estrategia y negociación en el sistema multilateral de comercio. Op. Cit. p. 353.

¹³² SOREL, JEAN MARC. Resolución de Litigios en la OMC. Op. Cit. p. 70.

Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones como también autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados.

Los Grupos Especiales¹³³ se conforman de tres personas, que no son de la misma nacionalidad que los miembros involucrados en la diferencia y tienen la tarea de efectuar una evaluación objetiva del asunto, incluyendo una valoración imparcial de los hechos del caso, así como la aplicabilidad y conformidad con los acuerdos abarcados.

El Órgano Permanente de Apelación¹³⁴ escucha las apelaciones sobre los informes realizados por los Grupos Especiales y se encuentra constituido por siete personas –de las cuales actúan tres en cada caso- que son nombradas por el OSD por periodos de cuatro años, reelegibles por una vez. Este órgano se limita a revisar los aspectos de derecho o interpretaciones legales realizadas en el informe por el Grupo Especial y puede confirmar, modificar o revocar las conclusiones alcanzadas por el citado Grupo Especial que fueron objeto de apelación.

¹³³ NACIONES UNIDAS. Solución de Diferencias Organización del Comercio. 3.1. Presentación General. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo [en línea] <http://unctad.org/es/Docs/edmmisc232add11_sp.pdf> [consulta 2 de febrero de 2013] p. 58.

¹³⁴ Ibidem.

3.2.1. Solución positiva frente a las diferencias

El ESD cristaliza en sus disposiciones una serie de mecanismos que tienen por objeto que sus miembros solucionen sus diferencias en forma “amigable” antes de presentar una reclamación, lo cual es de gran importancia para conservar las buenas relaciones entre los integrantes de la OMC y en consecuencia, la estabilidad del comercio. Reflejo de ello, es el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, el cual prescribe que se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia, que esté de conformidad con los acuerdos abarcados.

Asimismo, los artículos 5 y 25 del ESD¹³⁵ facultan a la partes para recurrir voluntariamente a otros medios de solución de diferencias, como los buenos oficios, la conciliación, la mediación y el arbitraje, los cuales pueden iniciarse en cualquier momento, incluso si las partes así lo acuerdan, el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación podría continuar mientras se desarrollan las actuaciones del Grupo Especial. Esta circunstancia da muestras de que el entendimiento propicia este tipo de soluciones, entregando por lo demás, a los laudos en caso de arbitraje, el carácter de obligatorio, toda vez que las partes sometidas a este procedimiento deben convenir acatar el respectivo laudo

¹³⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Op. Cit.

arbitral, conforme lo dispone el párrafo 2 del artículo 25 del ESD, los cuales deben ser notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que las recomendaciones o resoluciones que adopte el OSD no pueden entrañar el aumento o reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados, según lo dispone el artículo 3 párrafo 2 del Entendimiento.

3.2.2. Establecimiento de Grupos Especiales y el consenso negativo

El ESD consagra en el párrafo 1 del artículo 6¹³⁶ el concepto de “consenso negativo”, en virtud del cual se establecerá un Grupo Especial, a más tardar en la reunión del OSD siguiente a aquella en que la petición haya figurado por primera vez como punto en el orden del día del citado órgano, a menos que en esa reunión el OSD decida por consenso no establecer un grupo especial.

El consenso negativo es de reciente aplicación y viene a mejorar el mecanismo que existía anteriormente a la Ronda de Uruguay, puesto que durante la vigencia del antiguo sistema del GATT, el establecimiento del grupo especial debía ser aprobado por el conjunto de los miembros, incluido la parte acusada¹³⁷. De lo expuesto se aprecia que este consenso positivo podría menoscabar las

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ SAEZ, SEBASTIÁN. *Estrategia y negociación en el sistema multilateral de comercio*. Op. Cit. p. 334.

pretensiones del reclamante, en el evento que el reclamado se opusiera a la constitución de un Grupo Especial y con ello, el riesgo de que se mantuviera una conducta violatoria por parte de éste.

De acuerdo al párrafo 1 del artículo 6 del ESD¹³⁸, las solicitudes para establecer Grupos Especiales deben formularse por escrito, debiendo las partes indicar en el requerimiento respectivo si se han celebrado consultas, las medidas concretas en litigio y deberá contener una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación. Asimismo, indica que si el solicitante pide el establecimiento de un Grupo Especial con un mandato distinto del uniforme, en el escrito señalado debe figurar el texto propuesto. El mandato de los Grupos Especiales se encuentra contenido en el artículo 7 del ESD, a saber: “Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento...y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos).”¹³⁹.

El consenso negativo se aplica también a la adopción de los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, de conformidad a lo dispuesto en

¹³⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Op. Cit.

¹³⁹ Ibidem.

el párrafo 4 del artículo 16 y el párrafo 14 del artículo 17 del ESD respectivamente, que facultan al OSD decidir por consenso no adoptar alguno de los informes mencionados.

3.2.3. Reconocimiento de la desigualdad

Existen una serie de disposiciones contenidas en el ESD que dejan traslucir la inevitable afirmación de la desigualdad de condiciones en que se encuentran los países menos adelantados, y en vía de desarrollo, frente a los países desarrollados. Así por ejemplo, el artículo 24 del ESD establece un procedimiento especial para casos en que intervengan los países menos adelantados miembros de la OMC y en el caso de los países en desarrollo, el párrafo 10 del artículo 4 del ESD¹⁴⁰ dispone que durante las consultas los miembros deberán prestar especial atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo.

Asimismo, el párrafo 2 del artículo 27 del ESD consagra la posibilidad de asistencia legal a favor de los países en desarrollo, con el objeto de suplir las deficiencias técnicas en que pudiese incurrir un país miembro, circunstancia que contribuye a mejorar la igualdad de condiciones entre estos países y los desarrollados al enfrentar un procedimiento de resolución de conflictos.

¹⁴⁰ Ibidem.

A través de la consagración de tales normas, la OMC pretende el resguardo de los derechos de todos sus miembros, independiente de su nivel de desarrollo o de su tamaño económico, ya que de no ser así, nos podríamos encontrar frente al absurdo que se aplique una medida comercial a un país menos adelantado, que ponga en riesgo su estabilidad económica y política, y consecuentemente con ello, la seguridad de sus ciudadanos.

3.2.4. Hacia un mejor Sistema de Solución de Diferencias

Si bien es cierto que el ESD de la OMC es una versión mejorada del mecanismo de solución de controversias del GATT de 1947, persisten deficiencias. En efecto, el autor Sebastián Sáez plantea como primera falencia la dilatación del proceso, señalando que: “un procedimiento puede durar un año en su conjunto, y se debe considerar un año adicional para tener certeza que la medida en cuestión fue modificada. En este tiempo se puede imponer un daño irremediable a una industria afectada por el incumplimiento.”¹⁴¹. Asimismo, apunta a que otra carencia que presenta el sistema de solución de controversias es en cuanto a las represalias asimétricas, refiriéndose con ello a que los países pequeños poseen escasa capacidad de obligar a las economías mayores a cumplir sus recomendaciones.

¹⁴¹ SAEZ, SEBASTIÁN. Estrategia y negociación en el sistema multilateral de comercio. Op. Cit. p. 353.

Por otra parte, la organización de consumidores internacional ha planteado que el sistema de solución de controversias de la OMC debe mejorar el acceso a la información para las ONGs, establecer además, normas claras que regulen la designación de los científicos convocados en calidad de expertos y que los consumidores deben ser consultados y escuchados cuando se deciden cuestiones que los afectan directa o indirectamente¹⁴². Es destacable la última proposición, puesto que al final y al cabo los consumidores son los receptores finales, como ciudadanos, de los acuerdos comerciales que se adopten en el seno de la OMC.

Al respecto, hoy en día la sociedad civil puede participar mediante las Comunicaciones “Amicus Curiae” o amigo del tribunal, que generalmente provienen de ONGs, las cuales pueden ser aceptadas y consideradas por los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en sus argumentaciones¹⁴³. El ESD no se refiere explícitamente a esta clase de comunicaciones, pero se entienden comprendidas en el artículo 13 del citado texto legal, que faculta a los Grupos Especiales para recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente.

¹⁴² CONSUMERS INTERNATIONAL. Los Consumidores y la Organización Mundial de Comercio. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Santiago. Chile. 1996. p. 5.

¹⁴³ DELPIANO LIRA, CRISTIAN. El Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC. Un Elemento de Seguridad y Previsibilidad en el Sistema Multilateral de Comercio. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v18n1/art09.pdf>> [consulta 15 de diciembre de 2015] p. 233.

Los miembros de la OMC están conscientes de que el Sistema de Solución de Diferencias requiere mejorar, lo que se reafirmó en la Conferencia Ministerial de Doha en noviembre de 2001, puesto que en el artículo 30 de la Declaración de Doha las partes convinieron que son necesarias las negociaciones sobre las mejoras y clarificaciones a aportar al ESD¹⁴⁴.

¹⁴⁴ SOREL, JEAN MARC. Resolución de Litigios en la OMC. p. 167. Op. Cit. Nota (118)

4. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA OMC

4.1. Las disposiciones pertinentes de la normativa de la OMC

En el primer capítulo se mencionó que examinada la legislación internacional se desprende que a la fecha no existe una definición del principio de precaución que sea aceptada de forma unánime e indiscutible. No obstante ello, también se señaló que del análisis de la normativa que recoge este principio como de los textos académicos que lo abordan, se pueden distinguir los siguientes elementos: falta de certeza científica; peligro de daño grave e irreversible; y, según algunos autores, reversión de la carga de la prueba.

El cuerpo normativo de la OMC cuyo texto recoge en alguna medida estos elementos reconocidos como propios del principio de precaución es el Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, en adelante Acuerdo MSF, permitiendo su aplicación por los estados miembros y un desarrollo interpretativo en torno a éste, según se aprecia en la jurisprudencia emanada del sistema de resolución de litigios.

Las normas del citado Acuerdo dicen relación con la aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo XX del GATT de 1994 relativas al empleo de las medidas sanitarias y fitosanitarias, que admite en su apartado b) que los gobiernos adopten medidas que afecten al comercio internacional con el fin de proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales.

La esencia de este Acuerdo se encuentra resumida en la página web de la OMC¹⁴⁵ señalando que autoriza a los países miembros para establecer sus propias normas sobre inocuidad de alimentos, sanidad de los animales y preservación de los vegetales, debiendo basarse en principios científicos, instándoles a utilizar las normas, directrices y recomendaciones internacionales existentes, puesto que de hacerlo así, es poco probable que sean impugnados jurídicamente en una diferencia sustanciada en la OMC.

Asimismo, indica que, sin perjuicio de lo anterior, los miembros pueden implementar normas más rigurosas que se basen en una evaluación apropiada de los riesgos y "...pueden aplicar en cierta medida el "principio de precaución", un enfoque en el que se da la máxima prioridad a la seguridad frente a la

¹⁴⁵ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Entender la OMC: Los Acuerdos. Normas y seguridad. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/theWTo_s/whatis_s/tif_s/agrm4_s.htm> [consulta 6 de febrero de 2015]

incertidumbre científica. En el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF se autoriza la adopción temporal de las medidas precautorias”¹⁴⁶.

Esta recepción del principio de precaución se plantea como una excepción frente a los “derechos y obligaciones básicos” que contiene el Acuerdo MSF, según se aprecia en la frase final del párrafo 2 del artículo 2, que dispone: “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.”¹⁴⁷.

Por su parte, el artículo 5 del Acuerdo MSF consagra la obligación que tienen los países miembros de sustentar toda medida que deseen adoptar para mantener o alcanzar un nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, en una evaluación previa de aquellos riesgos que amenazan dicho propósito. El cumplimiento de dicha obligación pretende que las medidas implementadas produzcan efectos negativos mínimos al comercio, mediante el establecimiento de directrices tanto para la evaluación de los riesgos como la determinación del nivel adecuado de protección.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. [en línea] <https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/15-sps.pdf> [consulta 6 de febrero de 2015]

Es así que los tres primeros párrafos de la citada disposición se abocan a la evaluación de los riesgos, fijando requerimientos mínimos para efectos de llevar a cabo este procedimiento. El primero de estos párrafos plantea que el desarrollo de tal estimación de los riesgos se debe realizar teniendo en consideración las técnicas elaboradas por las organizaciones internacionales competentes. Seguidamente, el segundo párrafo establece que se deberán tener en cuenta factores científicos y/o técnicos tales como los testimonios científicos existentes; los procesos y métodos de producción pertinentes; los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba; la prevalencia de enfermedades o plagas concretas, entre otros. A estos factores, el párrafo tercero agrega los económicos, dentro de los cuales se encuentra el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas en caso de entrada, radicación o propagación de una plaga o enfermedad; los costos de control o erradicación en el territorio del miembro importador; y la relación costo-eficacia de otros posibles métodos para limitar los riesgos.

Una vez que se ejecute la evaluación de los riesgos conforme a los parámetros fijados en los tres primeros párrafos del artículo 5 del Acuerdo MSF, se estará en condiciones de identificar los riesgos existentes para la salud de las personas y animales o para la preservación de los vegetales como la probabilidad que éstos produzcan efectos perjudiciales. En concordancia con uno los elementos

característicos del principio de precaución, esto es, peligro de daño grave e irreversible, explicado en el primer capítulo, la determinación de la entidad de los riesgos y, por ende, de su gravedad y probabilidad de ocurrencia, deber ir precedida de una evaluación de los mismos. Por consiguiente, esta estimación es esencial y precede a la invocación del señalado principio.

Los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF abordan la gestión de los riesgos una vez que éstos ya han sido evaluados, circunstancia que permite a los países miembros plantearse si dichos peligros amenazan el nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que sus gobiernos han decidido resguardar. El citado nivel de protección puede diferir de un país a otro, puesto que existen variables sociales, culturales y/o económicas que pueden incidir en esta determinación. En vista de estos contrastes que se pueden producir, los párrafos señalados disponen que al momento de determinarse el nivel de protección sanitaria o fitosanitaria se deberá tener en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos del comercio; se evitarán distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que se consideren adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones resultan en una discriminación o restricción encubierta al comercio; y, procurar que toda medida que se adopte no entrañe un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr un nivel adecuado de protección, considerando su viabilidad técnica y económica.

A continuación de las directrices que establece el artículo 5 del Acuerdo MSF para la evaluación y gestión de los riesgos, el párrafo 7 permite la adopción de medidas sanitarias o fitosanitarias provisionales bajo ciertas condicionantes, las que analizadas en su conjunto llevan a plantear que esta disposición recoge el principio de precaución. El referido párrafo dispone: “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.”¹⁴⁸.

Las medidas provisionales que se adopten en virtud del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF serían una excepción reconocida en el párrafo 2 del artículo 2 del mismo texto al indicar que los estados miembros pueden implementar una medida sanitaria o fitosanitaria, siempre que ésta se base en principios científicos y que “no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5.”¹⁴⁹. En consecuencia, podría

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

implementarse temporalmente una medida sobre la base de la información científica que disponga el país que la adopte.

La suficiencia o insuficiencia de evidencia científica que mencionan las disposiciones citadas ha llevado a interpretaciones diversas, siendo así que los Estados Unidos plantearon en el caso Productos Agrícolas que el párrafo 7 del citado artículo 5 solo "...establece un requisito mínimo para que una medida se considere provisional, a saber, que los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes para poder realizar una evaluación de riesgo."¹⁵⁰. Conforme a esta postura, si hay testimonios científicos suficientes no podría implementarse una medida provisional invocando el referido párrafo 7 del artículo 5, puesto que puede ejecutarse la estimación de los riesgos que establece el párrafo 1 de la misma disposición en relación al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF.

Por otra parte, las Comunidades Europeas refiriéndose al párrafo 7 del artículo 5 en relación al párrafo 1 de la misma disposición y al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF sostuvieron en el mismo caso Productos Agrícolas que "...un volumen insuficiente de información pertinente puede probarse no sólo cuando el Miembro que recurra a esta disposición no pueda llevar a cabo una evaluación del riesgo sino también cuando la evaluación del riesgo ponga de relieve que los

¹⁵⁰ Informe del Grupo Especial. Japón- Medidas que afectan a los productos agrícolas. WT/DS76/R. [en línea] <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds76/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds76/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)>[consulta 3 de noviembre de 2011].

testimonios científicos pertinentes son, por ejemplo, insuficientes, contradictorios, no concluyentes o poco claros. La mención explícita hecha del párrafo 7 del artículo 5 en el párrafo 2 del artículo 2 significa que las condiciones para la aplicación de una disposición necesariamente afectan a la aplicación de la otra.”¹⁵¹. En consecuencia, acorde con esta posición podría invocarse el párrafo 7 del artículo 5 cuando no exista información científica suficiente para realizar una evaluación de riesgos y cuando existiendo dichos antecedentes, la estimación que se lleve a cabo de cuenta que la evidencia que se encuentra disponible es insuficiente, no certera y cuestionable.

La jurisprudencia desarrollada al interior de la OMC como consecuencia de conflictos substanciados de conformidad al ESD, ha aceptado que el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF autoriza a los países miembros la adopción temporal de medidas precautorias. En efecto, en el caso sobre el uso de hormonas en bovinos, singularizado DS26, el Órgano de Apelación consideró en su informe que el concepto de precaución se evidenciaba en el párrafo 6 del Preámbulo, el párrafo 3 del artículo 3 y el párrafo 7 del artículo 5 del mencionado Acuerdo MSF¹⁵².

¹⁵¹ Informe del Órgano de Apelación. Japón- Medidas que afectan a los productos agrícolas. WT/DS76/AB/R. Párrafo 65. [en línea] [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds76/ab/r*%20not%20rw*&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds76/ab/r*%20not%20rw*&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) [consulta 3 de noviembre de 2011]

¹⁵² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Módulo de Capacitación sobre el Acuerdo MSF: Capítulo 8. Cuestiones actuales. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/trato_s/sps_agreement_cbt_s/c8s2p1_s.htm> [consulta 6 de febrero de 2015]

Las consideraciones expuestas por el Órgano de Apelación, en el caso sobre el uso hormonas en bovinos, conjuntamente con las interpretaciones jurisprudenciales efectuadas en los casos que le sucedieron, dan cuenta de un desarrollo jurisprudencial del concepto del principio de precaución que permite indicar que ha sido recogido este principio en el Sistema de Diferencias de la OMC. Si bien la autora Denise Prévost opina que es difícil evaluar si el “principio de precaución” como tal, está o no reflejado en las disciplinas del Acuerdo MSF, debido al hecho de que no hay todavía una definición generalmente aceptada de este principio¹⁵³, la jurisprudencia lo recoge en un sentido específico según se verá a continuación.

4.2. La jurisprudencia de la OMC en materia de precaución

4.2.1. Caso Hormonas

El asunto “Comunidades Europeas – Medidas que afectan la carne y los productos cárnicos (hormonas) – Reclamación Estados Unidos”, DS26, que para efectos del título denominamos “Caso Hormonas”, se originó con motivo del reclamo formulado por los Estados Unidos en contra de las Comunidades Europeas, alegando que éstas habían adoptado medidas que prohibían la

¹⁵³PREVOST, DENISE. What Role for the Precautionary Principle in WTO Law after Japan-Apples? Economic Policy and Law. Journal of Trade & Environment Studies. Volumen 2 (4) June 2005. [en línea] <http://ssrn.com/abstract=1260197> [consulta 11 de abril de 2013]

utilización de ciertas sustancias de efecto hormonal en el sector animal, que implicaban la restricción o impedían las importaciones de carne o productos cárnicos desde el primer país, las cuales serían incompatibles con los artículos III y XI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; artículos 2, 3 y 5 del Acuerdo MSF; artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; y, artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura.

Las medidas objeto de la diferencia correspondían en particular a la Directiva 88/602/CEE, Directiva 88/146/CEE y la Directiva 88/249/CEE del Consejo¹⁵⁴. La primera de estas directivas prohibió la administración a los animales de explotación de sustancias que tengan efectos tireostáticos, o de sustancias que tengan efectos estrógenos, andrógenos o gestágenos; el envío al mercado o el sacrificio de animales de explotación a los que se hayan administrado esas sustancias; el envío de carne de dichos animales; la elaboración de carne de dichos animales y el envío al mercado de productos cárnicos preparados a partir de esa carne o con ella. Esta directiva establece como excepción la utilización de las señaladas sustancias con fines terapéuticos, administradas por un veterinario o bajo su responsabilidad, y la segunda excepción, es el uso del estradiol-17^{2L}, la progesterona, la testosterona, el acetato de trembolona (o TBA) y el zeranol,

¹⁵⁴ Informe del Grupo Especial. EC-Hormonas. WT/DS26/R/USA. [en línea] [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds26/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds26/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) [consulta 3 de noviembre de 2011]

con el propósito de estimular el crecimiento, siempre que se ajusten a las reglamentaciones de los estados miembros.

La segunda Directiva 88/146/CEE extendió la prohibición establecida por la directiva anterior a la administración de los animales de explotación, de acetato de trembolona (o TBA) y el zeranol con cualquier fin y de estradiol-17^{2L}, la progesterona y testosterona, con fines de engorde, manteniéndose la autorización de administrar estas tres hormonas naturales a animales con propósitos terapéuticos y zootécnicos. Por último, la Directiva 88/299/CEE estableció las condiciones de aplicación de las excepciones a la prohibición de proceder a intercambios de determinadas categorías de animales, como de su carne¹⁵⁵.

Las mencionadas directivas fueron derogadas y remplazadas por la Directiva 96/22/CE¹⁵⁶ del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 1996, la cual mantuvo la prohibición de sustancias de efecto hormonal y tireostático en la cría de ganado, extendiéndola al uso de sustancias beta-agonistas. Asimismo, restringió el uso de las hormonas en cuestión con fines terapéuticos y zootécnicos.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 96/22/CE de 29 de abril de 1996 por la que se prohíbe utilizar determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático y sustancias B-agonistas en la cría de ganado y por la que se derogan las Directivas 81/602/CEE, 88/146/CEE y 88/299/CEE. [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1996L0022:20081218:ES:PDF> [consulta 6 de febrero de 2015]

La presente diferencia comenzó con la celebración de consultas entre las Comunidades Europeas y Estados Unidos, a petición de éste último con fecha 26 de enero de 1996, de conformidad al artículo 4 del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por lo que se rige la Solución de Diferencias. Los estados miembros Australia, Nueva Zelandia y Canadá solicitaron ser asociados a dichas consultas, petición a la que las Comunidades Europeas accedieron el 19 de marzo de 1996. Efectuadas estas consultas no se llegó a una solución mutuamente satisfactoria.

El 25 de abril de 1996, los Estados Unidos solicitaron al OSD el establecimiento de un Grupo Especial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 del ESD, el cual se estableció el 20 de mayo de 1996 y se constituyó el 2 de julio del mismo año.

En el documento WT/DS26/6, Estados Unidos afirmaba que las medidas adoptadas por las Comunidades Europeas "...tienen efectos perjudiciales sobre las importaciones de carne y de productos cárnicos y parecen ser incompatibles con las obligaciones que imponen a las Comunidades Europeas el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994, el Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el Acuerdo sobre Agricultura...". "Asimismo, esas medidas (según

Estados Unidos) parecen anular o menoscabar las ventajas resultantes directa o indirectamente de los citados acuerdos para los Estados Unidos.”¹⁵⁷.

Dentro de los argumentos esgrimidos por las Comunidades Europeas a fin de desvirtuar las alegaciones de los Estados Unidos, figuró la invocación del principio de precaución o cautela¹⁵⁸, como una norma consuetudinaria general del derecho internacional o, por lo menos, un principio general de derecho, sosteniendo que sus medidas se basaban en este principio¹⁵⁹. Al respecto, las Comunidades Europeas hicieron hincapié en que otorgaban importancia al principio de cautela en su reglamentación como enfoque necesario para evitar situaciones peligrosas para la salud, puesto que existían casos en que la peligrosidad de sustancias o productos sólo se hicieron evidentes con posterioridad, como el caso de la talidomida y el dietilestilbestrol. A modo de ejemplo, las Comunidades Europeas indicaron que en el caso de la enfermedad encefalopatía espongiforme bovina, no había ninguna prueba científica de que fuera transmisible a los seres humanos, tan sólo había una "probabilidad" basada en la aparición de un pequeño número de casos en personas en el único país con una elevada incidencia de esta enfermedad en el ganado. No obstante, las Comunidades Europeas habían adoptado medidas que restringían

¹⁵⁷ Informe del Grupo Especial. EC-Hormonas. WT/DS26/R/USA. Op. Cit.

¹⁵⁸ La traducción al español del Informe del Grupo Especial establecido en el caso hormonas, utiliza la expresión "principio de cautela" y la traducción en inglés usa la expresión "precautionary principle", por lo que se prefirió utilizar los siguientes términos "precaución o cautela".

¹⁵⁹ Informe del Grupo Especial. EC-Hormonas. WT/DS26/R/USA. Op. Cit. Párrafo (4.203)

considerablemente el comercio para proteger la salud pública como medida cautelar, puesto que si la citada enfermedad fuera transmisible a los seres humanos, las consecuencias serían devastadoras.

El Grupo Especial al referirse en su informe al principio de precaución o cautela invocado por las Comunidades Europeas, indicó que “En la medida en que cabe considerar que ese principio forma parte del derecho internacional consuetudinario y puede utilizarse como norma usual de interpretación del derecho internacional público (en el sentido en que se utiliza esa frase en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD) para interpretar los párrafos 1 y 2 del artículo 5, entendemos que dicho principio no puede prevalecer sobre el texto de los párrafos 1 y 2 del artículo 5, especialmente dado que el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF incorpora el principio de cautela y le da un sentido específico. No obstante, hay que señalar que las Comunidades Europeas han manifestado expresamente en el presente caso que no invocan el párrafo 7 del artículo 5.”¹⁶⁰⁻

¹⁶¹

En base a la consideración expuesta por el Grupo Especial se podría plantear que si se reconociera al principio de precaución como parte del derecho internacional consuetudinario, éste debiera ser utilizado para interpretar los

¹⁶⁰ Ibidem. Párrafo (8.157)

¹⁶¹ Las Comunidades Europeas manifestaron expresamente que no invocaban el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, porque sus medidas eran de carácter definitivas y no provisionales como lo señala la citada disposición.

acuerdos abarcados en el marco de la OMC, en razón de la aplicación de las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, conforme lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD. Sin embargo, aun en el supuesto de presentarse este escenario, la aplicación del principio de precaución se vería limitada en tanto dicho principio no predominaría sobre el texto de los párrafos en 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF, y estaría restringido a los términos del párrafo 7 del artículo 5 del señalado Acuerdo que incorpora el principio de precaución o cautela y le “da un sentido específico”. Por otro lado, sin embargo, el Informe del Órgano de Apelación sostiene que dicho principio “...por sí solo, y sin una directiva textual inequívoca a ese efecto, no exime a un Grupo Especial de la obligación de aplicar los principios (de derecho internacional consuetudinario) normalmente aplicables a la interpretación de los tratados en su lectura de las disposiciones del Acuerdo MSF.”¹⁶². Por consiguiente, la afirmación que el principio de precaución se encuentra consagrado en el Acuerdo MSF no excluye que en el evento de considerarse norma consuetudinaria de derecho internacional pueda tenerse en cuenta al momento de interpretar las disposiciones de dicho Acuerdo, en razón de las normas de interpretación de los tratados, y siempre que la interpretación no implique una contravención de las disposiciones. No obstante que el Grupo Especial no profundiza en el alcance de la frase “sentido específico” que, según su informe, el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo

¹⁶² Informe del Órgano de Apelación. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Párrafo 124. [en línea] <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds26/ab/r*%20not%20rw*&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds26/ab/r*%20not%20rw*&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>)[consulta 3 de noviembre de 2011]

MSF concedería al principio en estudio, es destacable que sí reconoce claramente que éste estaría recogido en tal disposición.

La afirmación en cuestión, a la luz de los componentes teóricos del principio de precaución examinados en el capítulo I, esto es, falta de certeza científica, peligro de daño grave e irreversible y reversión de la carga de la prueba, da cuenta en esta instancia de un reconocimiento jurisprudencial limitado del principio de precaución, puesto que el citado párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, permite la adopción de medidas cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, pero limitándolas a aquellas de carácter provisional.

El sentido más amplio del concepto de precaución argumentado por las Comunidades Europeas está dado por la interpretación sistemática y armónica del mencionado artículo 5 que contiene disposiciones relativas a la evaluación de riesgo y a la determinación del nivel adecuado de protección sanitaria. En consonancia con lo anterior, y como ya se adelantó arriba, el párrafo 1 establece que “Los miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de la personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del

riesgo elaboradas por organizaciones internacionales competentes.”¹⁶³. A continuación, el párrafo 2 señala las variables que los Estados miembros deberán tener en cuenta al realizar una evaluación del riesgo previa adopción de sus medidas, mencionándose los factores económicos en el párrafo inmediatamente siguiente.

Examinadas las medidas objeto de la controversia a la luz de las disposiciones del artículo 5 del Acuerdo MSF relativas a la evaluación de riesgos, el Grupo Especial concluyó que las Comunidades Europeas no habían cumplido los requisitos mínimos de procedimiento establecidos en el párrafo 1 del artículo 5 al adoptarlas, por lo que eran incompatibles con lo prescrito en dicho párrafo¹⁶⁴.

A este respecto se hace presente que las Comunidades Europeas plantearon entre sus alegaciones que las medidas cuestionadas se habían basado en las siguientes categorías de riesgos: “i) riesgos resultantes de la naturaleza y forma de actuar de las hormonas; ii) riesgos resultantes de los metabolitos; iii) riesgos resultantes de las combinaciones (o mezclas) de hormonas y de la exposición múltiple a las hormonas de los seres humanos; iv) riesgos resultantes de los problemas relacionados con la detección y el control de las hormonas; v) riesgos

¹⁶³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Op. Cit.

¹⁶⁴ Informe del Grupo Especial. EC-Hormonas. WT/DS26/R/USA. Op. Cit. Párrafo (8.116; 8.156; 8.159)

resultantes de la administración y utilización de hormonas; vi) riesgos resultantes de otros parámetros, y en particular de las limitaciones inherentes a la ciencia.”¹⁶⁵.

Producto del examen de las señaladas categorías de riesgos, el Grupo Especial estimó respecto del punto i) que “En los tres informes correspondientes se llegó a la conclusión de que esos riesgos no se materializan si las hormonas en cuestión se administran de conformidad con las buenas prácticas para estimular el crecimiento. Las Comunidades no han aportado prueba alguna en contrario”¹⁶⁶, por lo que la respectiva prohibición no se basaría en una evaluación de dicha categoría de riesgos. Asimismo, el Grupo Especial arribó a una conclusión similar respecto de los riesgos resultantes de los problemas relacionados con la detección, control, administración y utilización de las hormonas en cuestión, mencionando entre sus constataciones que las Comunidades Europeas no habían presentado una evaluación de los posibles efectos perjudiciales asociados a la inobservancia de dichas buenas prácticas. En lo concerniente a los riesgos asociados con problemas de control, el Grupo Especial indicó en su informe que éstos “no parecen específicos de las sustancias de que se trata, sino de las consecuencias económicas o sociales vinculadas a una sustancia o a un uso concreto de esa sustancia...En consecuencia, esos

¹⁶⁵ Ibidem. Párrafo (8.139)

¹⁶⁶ Ibidem. Párrafo (8.142)

factores no científicos no deben ser tenidos en cuenta en la evaluación del riesgo sino en la gestión del riesgo.”¹⁶⁷.

Mención aparte merece la constatación del Grupo Especial en relación a la última categoría aducida por las Comunidades Europeas, esto es, los riesgos resultantes de otros parámetros y, en particular, de las limitaciones inherentes a la ciencia. Aquí las Comunidades Europeas alegaron que ninguno de los estudios invocados como parte de la evaluación del riesgo demuestra sin lugar a dudas que la presencia de residuos de las hormonas en cuestión no presente ningún tipo de riesgo. Lo anterior, fue interpretado por el Grupo Especial en el sentido que “este riesgo residual, a pesar de ser insignificante y no apreciable, constituye el riesgo (deducido de una evaluación de riesgo) en el que se basa la prohibición de las CE de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5, aduciendo que, con arreglo a las gestión de riesgo de las CE, sólo es aceptable un riesgo cero”.¹⁶⁸. A continuación, el Grupo Especial afirma que es inalcanzable en la práctica alcanzar un riesgo cero, refiriéndose a la posición de las Comunidades Europeas, toda vez que la ciencia no puede aportar certidumbre absoluta, ni aun bajo un régimen de prohibición de las hormonas en cuestión, ya que no se puede garantizar que no haya ninguna probabilidad de utilización ilícita de éstas. Por lo demás, habiendo constatado el Grupo Especial que la carga la prueba

¹⁶⁷ Ibidem. Párrafo (8.146)

¹⁶⁸ Ibidem. Párrafo (8.149)

corresponde a las Comunidades Europeas, concluyó que debieron probar la existencia de una evaluación de riesgo y con motivo de esta valoración, acreditar la presencia de un riesgo identificable en que se base las medidas objeto de la diferencia.

Razonado lo expuesto, el Grupo Especial examinó si la medida objeto de la controversia ocasionaba distinciones en los niveles de protección que tenían por resultado una discriminación o una restricción encubierta al comercio internacional, circunstancia que implica la vulneración del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Al analizar detalladamente esta disposición, el citado grupo comienza concluyendo que la primera frase del párrafo 5 en examen no contempla una obligación, indicando que “La coherencia no es una obligación que se impone a los Miembros, sino un objetivo que ha de tenerse en cuenta al interpretar el párrafo 5 del artículo 5.”¹⁶⁹

A continuación analiza la segunda parte del párrafo 5, consignando en su informe que para arribar a la conclusión que la medida adoptada por un país miembro no se encuentra conforme con las prescripciones mencionadas en ésta segunda parte de dicho párrafo, deben examinarse los siguientes tres elementos¹⁷⁰: primero, que el país miembro adopte niveles adecuados distintos

¹⁶⁹ Ibidem. Párrafo (8.169)

¹⁷⁰ Ibidem. Párrafo (8.174)

de protección en “diferentes situaciones”; segundo, que las distinciones en los niveles de protección en diferentes situaciones sean “arbitrarias e injustificables”; y, tercero, que las distinciones tengan por resultado “una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional”. En cuanto al primer elemento, el Grupo Especial consideró que los niveles adoptados por las Comunidades Europeas para tres hormonas naturales objeto de las medidas cuestionadas eran diferentes “... cuando se administran para estimular el crecimiento, de un lado, y para esas mismas hormonas i) presentes de forma endógena en la carne y otros alimentos y ii) utilizadas con fines terapéuticos o zootécnicos, de otro...”, concluyendo que existían distinciones en los niveles de protección en situaciones comparables¹⁷¹. Refiriéndose al segundo elemento, el Grupo Especial planteó que las Comunidades Europeas no habían justificado la distinción entre un “nivel de residuos cero” cuando las hormonas se administran para estimular el crecimiento y un nivel no limitado de residuos para el caso que éstas se encuentren presentes de forma endógena en la carne y otros alimentos¹⁷², siendo esta distinción “arbitraria o injustificable”¹⁷³. En razón de ésta conclusión, el Grupo Especial consideró que no era necesario determinar si la distinción entre las hormonas naturales utilizadas como agentes estimuladores del crecimiento y aquellas usadas con fines terapéuticos o zootécnicos estaba o no justificada¹⁷⁴.

¹⁷¹ Ibidem. Párrafo (8.191)

¹⁷² Ibidem. Párrafo (8.196)

¹⁷³ Ibidem. Párrafo (8.197)

¹⁷⁴ Ibidem. Párrafo (8.200)

Al examinar el último de los elementos que deben concurrir para estimar si la medida adoptada por un país miembro no está ajustada a lo prescrito en el párrafo 5 del artículo 5, el Grupo Especial recurrió a la conclusión del Órgano de Apelación en el asunto “Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional”, en orden a que las expresiones "discriminación arbitraria", "discriminación injustificable" y "restricción encubierta al comercio internacional", establecidas en el artículo XX del GATT de 1994, pueden interpretarse en aposición y se dan sentido recíprocamente¹⁷⁵. Asimismo, invocó la constatación de dicho órgano de revisión en el asunto “Japón –Impuestos sobre las bebidas alcohólicas”¹⁷⁶, en particular la prescripción del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 en el sentido de que es necesario que la tributación se aplique diferente "de manera que se proteja la producción nacional" y en alusión a la tributación diferente, que ésta puede ser tanto mayor que resulte claro de ese mismo diferencial que se aplica "de manera que protege la producción nacional".

En consideración de lo expuesto, sumado a otras constataciones, el Grupo Especial estimó que al prohibirse la importación y venta en el mercado comunitario de carne de animales tratados con hormonas naturales para estimular el crecimiento, cuya oferta es mayor por parte de Estados Unidos, "...en tanto que siguen permitiendo cualquier concentración de los residuos de esas

¹⁷⁵ Ibidem. Párrafo (8.182)

¹⁷⁶ Ibidem. Párrafo (8.183)

hormonas naturales presente en forma endógena en la carne, las Comunidades Europeas favorecen el consumo de carne de origen comunitario y, en consecuencia, establecen de hecho una discriminación de la carne estadounidense en beneficio de la originaria de las CE.”¹⁷⁷. El Grupo Especial efectuó similares constataciones respecto de las hormonas sintéticas objeto de la medida impugnada, concluyendo que las medidas de las Comunidades Europeas relativas a tres hormonas naturales y dos sintéticas, respecto de las cuales existen normas internacionales¹⁷⁸, son incompatibles con las prescripciones del párrafo 5 del artículo 5. Agregó el citado grupo, que el hecho que las medidas cuestionadas no estén basadas en normas internacionales existentes no puede justificarse al amparo del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF y, por consiguiente, son contrarias al párrafo 1 del mismo artículo.

En cuanto a la carga de la prueba, el Grupo Especial estimó que correspondía a las Comunidades Europeas probar que basaron sus medidas en una evaluación de riesgos y dado esto, observaron que no habían aportado pruebas de que las instituciones competentes de las Comunidades Europeas hayan tenido en cuenta los estudios a las que se remiten ni las conclusiones científicas de esos estudios al momento de establecer la directivas impugnadas ni en cualquier momento posterior. Cabe señalar que esta posición del Grupo Especial,

¹⁷⁷ Ibidem. Párrafo (8.205)

¹⁷⁸ Ibidem. Párrafo (8.245)

difiere de aquellas posturas que comprenden como un elemento propio del principio de precaución la reversión de la carga de la prueba.

El informe del Grupo Especial, fue distribuido entre los miembros, el 18 de agosto de 1997, arribando a las siguientes conclusiones¹⁷⁹:

- (i) Las Comunidades Europeas, al mantener medidas sanitarias que no se basan en una evaluación del riesgo, han actuado de forma incompatible con las disposiciones del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF.
- (ii) Las Comunidades Europeas, al adoptar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección sanitaria que consideran adecuados en diferentes situaciones, que tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional, han actuado de forma incompatible con las disposiciones del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF.
- (iii) Las Comunidades Europeas, al mantener medidas sanitarias que no están basadas en normas internacionales existentes sin que ello esté justificado al amparo del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF, han actuado de forma incompatible con las disposiciones del párrafo 1 del artículo 3 del citado acuerdo.

¹⁷⁹ Ibidem. Párrafo (9.1)

Las conclusiones del Grupo Especial soslayan el principio de precaución resaltando en su lugar la preeminencia de la evaluación del riesgo establecida en el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF, estimando que las Comunidades Europeas no habrían cumplido con dicha evaluación. De lo señalado, podría inferirse que de haberse resuelto lo contrario, esto es, que las Comunidades Europeas efectuaron una evaluación de riesgo como fundamento de las medidas controvertidas en los términos exigidos, éstas se habrían examinado considerando el párrafo 7 del citado artículo 5, disposición que recoge de manera limitada el principio en estudio. No obstante, aun cuando se hubiera concluido que se realizó una evaluación de riesgo, igualmente se presentarían dificultades para aceptar la posición de las Comunidades Europeas, toda vez que de los antecedentes se desprende que las medidas cuestionadas no tenían el carácter de provisional y por lo demás, en las alegaciones no se invocó el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

Por otra parte, las consideraciones del Grupo Especial que preceden a las referidas conclusiones sugieren que al existir una disposición que específicamente se refiere al principio de precaución, esto es, el párrafo 7 del artículo 5 del citado Acuerdo MSF, los requisitos establecidos expresamente para su invocación no podrían ser eludidos so pretexto de la existencia de una norma consuetudinaria de Derecho Internacional Público, ya que utilizarla para efectos interpretativos no significaría una prevalencia que justifique que las medidas

sanitarias o fitosanitarias sean adoptadas sin una evaluación de los posibles riesgos que se intentar aplacar. La prevalencia del párrafo 1 y 2 del mencionado artículo 5 por sobre el principio de precaución aun cuando se considerara una norma consuetudinaria de Derecho Internacional Público es una apreciación compartida por el Órgano de Apelación, no obstante, éste último fue un poco más lejos en su análisis, estimando que dicho principio no sólo se encuentra reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF sino que igualmente en el párrafo 6 del Preámbulo y en el párrafo 3 del artículo 3 del mismo Acuerdo.

Con todo, aun cuando se podría plantear que en el evento de considerarse el principio de precaución como norma de Derecho Internacional Público todas las normas comprendidas en el Acuerdo MSF deberían ser interpretadas a la luz del citado principio en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, como asimismo que dicho principio igualmente se encuentra reflejado en el párrafo 6 del Preámbulo y en el párrafo 3 del artículo 3 del mismo Acuerdo, tal escenario igualmente exigiría el cumplimiento del procedimiento de evaluación de riesgo y, posteriormente, la determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, según lo establecido en el artículo 5 del Acuerdo MSF.

Las Comunidades Europeas apelaron de las cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas efectuadas por el Grupo Especial ante el Órgano de Apelación, el cual distribuyó su informe a los miembros el 16 de enero de 1998.

En lo relativo a la afirmación sostenida por las Comunidades Europeas respecto que el principio de precaución o de cautela se ha convertido en una norma consuetudinaria general de derecho internacional o, por lo menos, en un principio general de derecho, el Órgano de Apelación planteó en su informe¹⁸⁰ que la condición jurídica del citado principio en el derecho internacional sigue siendo objeto de debate entre los académicos, los profesionales del derecho, los órganos normativos y los jueces. Asimismo, dicho órgano señaló que si bien consideran innecesario adoptar una posición sobre este tema, toman nota de que el Grupo Especial no hizo ninguna constatación definitiva de la condición del principio de precaución o cautela en el derecho internacional y que el señalado principio, por lo menos fuera del ámbito del derecho medioambiental internacional, aun no tiene una formulación autorizada¹⁸¹.

A pesar que el Órgano de Apelación no se pronunció acerca de la condición jurídica del principio de precaución en el derecho internacional, si realizó un pronunciamiento de la relación de este principio con el Acuerdo MSF, efectuando las siguientes consideraciones¹⁸²:

¹⁸⁰ Informe del Órgano de Apelación. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Op. Cit. Al respecto, cabe hacer presente que este informe incluyó igualmente la revisión de la diferencia WT/DS48/AB/R.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*. El orden en que se enumeran las consideraciones del Órgano de Apelación es igual al utilizado en el informe de éste en párrafos 124 y siguientes.

- i) El citado principio no ha sido incluido en el texto del Acuerdo MSF como un motivo que justifique que las medidas sanitarias y fitosanitarias fuesen incompatibles con las obligaciones de los miembros establecidas en determinadas disposiciones del citado acuerdo.
- ii) El “principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 de dicho acuerdo”. A continuación, el Órgano de Apelación indica que coincide con las Comunidades Europeas, en que no es necesario suponer que la pertinencia del párrafo 7 del artículo 5 se agota en el principio de cautela¹⁸³, ya que éste también se refleja en el párrafo 6 del preámbulo, al instar a la armonización de las medidas sanitarias y fitosanitarias nacionales con la normativa internacional, sin que ello requiera que los miembros modifiquen su nivel adecuado de protección de la vida o la salud de la personas y de los animales o de preservación de los vegetales, y en el párrafo 3 del artículo 3, al reconocer expresamente el derecho de los miembros a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria, “que puede ser más elevado(es decir, más cauto) que el implícito en las normas, directrices y recomendaciones internacionales vigentes”.
- iii) El Grupo Especial que se ocupe de determinar, por ejemplo, si existen “testimonios científicos suficientes” para justificar que un miembro

¹⁸³ Al respecto se precisa que el texto inglés dice “there is no need to assume that article 5.7 exhausts the relevance of a precautionary principle” La traducción correcta debería decir: “no es necesario suponer que el párrafo 7 del artículo 5 agota la pertinencia de un principio de cautela”.

mantenga determinada medida sanitaria o fitosanitaria puede 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.

- iv) No obstante, el principio de cautela, por sí solo, y sin una directiva textual inequívoca a ese efecto, no exime a un Grupo Especial de la obligación de aplicar los principios normalmente aplicables a la interpretación de los tratados en su lectura de las disposiciones del Acuerdo MSF.

Como resultado de las consideraciones expuestas, el Órgano de Apelación concluyó que estaba de acuerdo con la constatación del Grupo Especial en cuanto a que el principio de precaución o cautela no prevalece sobre las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF, toda vez que el párrafo 7 del mismo artículo le da un sentido específico a dicho principio. Asimismo, el Órgano de Apelación manifestó que es una obligación del Grupo Especial aplicar los principios normalmente aplicables a la interpretación de los tratados al interpretar cualquiera de los acuerdos abarcados entre los estados miembros, aseveración que da cuenta de la importancia de establecer el estatus jurídico del principio de precaución en el derecho internacional. En cuanto a esto último, el citado órgano señaló que el principio de precaución todavía no es objeto de una opinio juris y, por lo tanto, no es una norma consuetudinaria y que no podría prevalecer sobre normas especiales como el Acuerdo MSF, el Órgano de

Apelación se remitió a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, específicamente al caso del Dique sobre el Danubio entre Hungría y Eslovaquia, cuyo fallo es del año 1997¹⁸⁴⁻¹⁸⁵.

El citado órgano consignó dentro de sus conclusiones que el principio de precaución o cautela “ha sido incorporado al párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF”¹⁸⁶, postura que es concordante con la manifestada sobre este punto por el Grupo Especial y corrobora que este principio se encontraría recogido al menos en el Acuerdo MSF, aunque con sus propios matices.

En lo referente a la interpretación efectuada por las Comunidades Europeas sobre la evaluación de riesgo en el Acuerdo MSF, en el sentido que la evaluación en la que se basa una medida no se limita únicamente a datos científicos puramente cuantitativos, puesto que puede comprender datos no cuantificables de naturaleza factual o cualitativa, el Órgano de Apelación confirmó esta posición en su informe, al rechazar la interpretación inicial del Grupo Especial en el sentido que la evaluación del riesgo tiene que ser cuantitativa¹⁸⁷⁻¹⁸⁸. Al respecto, dicho

¹⁸⁴ SOREL, JEAN MARC. Resolución de Litigios en la OMC. Op. Cit. p. 155-156.

¹⁸⁵ El párrafo 123 del Informe del Órgano de Apelación hace referencia al presente caso mediante nota 93, haciendo presente que en el asunto *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, la Corte Internacional de Justicia si bien había reconocido que en la esfera de la protección medioambiental se han desarrollado nuevas normas y pautas, establecidas en gran número de instrumentos durante los dos últimos decenios, dicha Corte no identificó al principio de cautela como una de esas normas recientemente establecidas. Asimismo, hace notar el Órgano de Apelación, que la citada Corte se abstuvo de declarar que un principio de este tipo pudiese prevalecer sobre las obligaciones del Tratado entre Checoslovaquia y Hungría, de 16 de septiembre de 1977, concerniente a la construcción y explotación del sistema de esclusas Gabčíkovo/Nagymaros, en el Danubio.

¹⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Op. Cit.

¹⁸⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Op. Cit. pp.11-12.

¹⁸⁸ Informe del Órgano de Apelación. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Op. Cit. Párrafo 187.

órgano de revisión indicó 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.”¹⁸⁹.

Al referirse el Órgano de Apelación a los requisitos sustantivos del párrafo 1 del mencionado artículo 5 y la relación racional entre una medida sanitaria o fitosanitaria y una evaluación de riesgo, manifestó que esta disposición no exige que tal evaluación de riesgo tenga que recoger la opinión de una mayoría de la comunidad científica competente, puesto que las discrepancias de opiniones sostenidas por científicos calificados que han investigado acerca del objeto del examen pueden indicar un estado de incertidumbre científica o, por otra parte, la divergencia puede dar cuenta de un equilibrio aproximadamente de igual opinión, que en sí es quizás una forma de incertidumbre científica¹⁹⁰. Es más, el órgano en cuestión planteó en su informe que una evaluación de riesgo no necesariamente debe llegar a una conclusión monolítica que coincida con la

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Op. Cit. Párrafo (194).

conclusión o la opinión científica implícita en la medida sanitaria o fitosanitaria pertinente¹⁹¹.

En lo que respecta al análisis del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF desarrollado por el Grupo Especial, el Órgano de Apelación estuvo de acuerdo en la distinción de los tres elementos enunciados por dicho grupo en su informe¹⁹². Sin embargo, manifestó su discrepancia respecto de los argumentos relativos a la relación entre el citado párrafo y el GATT de 1994, señalando que “habida cuenta de las diferencias estructurales entre las normas de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 y los elementos del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF, el razonamiento desarrollado en nuestro Informe sobre el asunto Estados Unidos - Gasolina, citado por el Grupo Especial, no puede ser "importado" descuidadamente en un caso en que esté involucrado el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF”¹⁹³. Además, el Órgano de Apelación indicó que no resulta aplicable lo concluido en el asunto Japón - Bebidas alcohólicas, “con respecto a la inferencia que puede hacerse de la mera cuantía de la diferencia tributaria con respecto a la aplicación del párrafo 2 del artículo III, segunda frase, del GATT de 1994, a la cuestión bastante diferente que se plantea al determinar si diferencias arbitrarias o injustificables en los niveles de protección

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² Ibidem. Párrafo (238)

¹⁹³ Ibidem. Párrafo (239)

contra riesgos para la salud de las personas tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional”¹⁹⁴.

Argumentado lo precedente, el Órgano de Apelación manifestó que el “grado de la diferencia, o la extensión de la discrepancia, entre los niveles de protección, constituye solamente un tipo de factor que, junto a otros, puede llevar, acumulativamente, a la conclusión de que una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional resulta efectivamente de la aplicación de una medida o de medidas que comprenden uno o varios de esos distintos niveles de protección”¹⁹⁵. Por consiguiente, la diferencia entre un nivel “de residuos cero” y un “nivel no limitado de residuos” conjuntamente con la constatación de una diferencia arbitraria o injustificable, no es suficiente para demostrar que se ha configurado el tercer elemento prescrito en el párrafo 5 del artículo 5.

En resumen, el informe del Órgano de Apelación confirmó que las prohibiciones de las Comunidades Europeas eran incompatibles con el párrafo 3 del artículo 3 y con el párrafo 1 del artículo 5 Acuerdo MSF, pero revocó la constatación del Grupo Especial de que las prohibiciones aludidas eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo 3 y con el párrafo 5 del artículo 5 del

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ Ibidem. Párrafo (240)

Acuerdo MSF¹⁹⁶. Por otra parte, revocó la conclusión arribada por el Grupo Especial en relación a la carga de la prueba¹⁹⁷, sosteniendo que éste debería haber comenzado el análisis de cada disposición jurídica examinando si habían presentado pruebas y argumentos jurídicos suficientes para demostrar que las medidas de las Comunidades Europeas eran incompatibles con los párrafos 1 y 3 del artículo 3, y 1 y 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF, y que sólo después que el Grupo Especial hubiera hecho una determinación prima facie de ese tipo, podría desplazarse a las Comunidades Europeas la carga de presentar pruebas y argumentos que refutaran la alegación del reclamante.

El OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial, modificado por el citado Órgano de Apelación, el 13 de febrero de 1998¹⁹⁸. En cuanto a la aplicación de los informes adoptados y sin profundizar en los detalles del cumplimiento de estos, el 25 de septiembre de 2009, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos notificaron al OSD el memorándum de Entendimiento sobre la importación de carne de vacuno procedente de animales no tratados con determinadas hormonas de crecimiento y a los derechos aumentados aplicados por los Estados Unidos a determinados

¹⁹⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS26. Comunidades Europeas-Medidas que afectan la carne y los productos cárnicos. [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds26_s.htm> [consulta 6 de febrero de 2015]

¹⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Op. Cit.

¹⁹⁸ Ibidem.

productos de las Comunidades Europeas, convenido entre estas dos partes el 13 de mayo de 2009.

4.2.2. Caso Productos Agrícolas

El asunto “Japón – Medidas que afectan a los Productos Agrícolas– Reclamación de Estados Unidos”, DS76, que para efectos del título denominamos “Caso Productos Agrícolas”¹⁹⁹, se originó con motivo del reclamo formulado por los Estados Unidos en contra de Japón²⁰⁰, alegando que respecto de cada producto agropecuario para el que este país exigía un tratamiento de cuarentena, éste prohibía la importación de cada variedad de ese producto hasta que ese hubiera aplicado a dicha variedad el mencionado régimen de cuarentena, a pesar que el tratamiento había sido eficaz al aplicarse a otras variedades del mismo producto. El reclamante esgrimió que la medida sería incompatible con los artículos 2, 4, 5 y 8 del Acuerdo MSF, el artículo XI del GATT de 1994 y el artículo 4 del Acuerdo sobre Agricultura.

La legislación pertinente a esta diferencia está comprendida en la Ley Japonesa de Protección Fitosanitaria²⁰¹, cuyo objetivo es asegurar la estabilización y el desarrollo de la producción agrícola mediante la inspección de

¹⁹⁹ Cabe precisar, que la presente diferencia ha sido denominada “Japan- Varietals” en diversos artículos académicos.

²⁰⁰ Informe del Grupo Especial. Japón- Medidas que afectan a los productos agrícolas. WT/DS76/R. Op. Cit.

²⁰¹ *Ibidem*.

las plantas de exportación, las plantas importadas y las plantas nacionales, controlando los animales y plantas nocivos e impidiendo el brote de plagas o su propagación. Esta Ley delega al Ministro de Agricultura, Silvicultura y Pesca la facultad de prohibir la importación de determinadas plantas huéspedes procedentes de países o áreas infestadas por las plagas, como sería el caso del gusano de la manzana. Para lo anterior, existe un proceso de confirmación de la eficacia de un tratamiento de desinfestación que consiste en dos partes: el procedimiento aplicable a la supresión de la prohibición de las importaciones para las variedades iniciales y la prueba para la aprobación de variedades adicionales.

Los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas con el Japón el 7 de abril de 1997, respecto a la prohibición impuesta por Japón a las importaciones de determinados productos agropecuarios, según lo expuesto previamente. Posteriormente y en atención a que no se arribó a una solución luego de la celebración de consultas, los Estados Unidos solicitaron al OSD el establecimiento de un Grupo Especial.

El OSD estableció el Grupo Especial con fecha 18 de noviembre de 1997, de conformidad al artículo 6 del ESD, en virtud del mandato dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7 del mismo cuerpo legal²⁰². Las Comunidades Europeas, Hungría

²⁰² Ibidem.

y Brasil se reservaron el derecho a participar como terceros en las actuaciones del Grupo Especial.

En el caso Hormonas, dentro de las conclusiones relevantes y pertinentes al principio de precaución, tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación, arribaron a la conclusión que este principio se encuentra reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF. No obstante, los informes de estos cuerpos resolutivos no profundizan en los requisitos que deben concurrir para que se configure el supuesto descrito en la citada disposición, circunstancia que se debería a que dicha norma no fue invocada por las Comunidades Europeas, porque las medidas impugnadas eran de carácter definitivo y no provisional.

A diferencia del caso anterior, Japón esgrimió que “las pruebas por variedad podían considerarse una medida de carácter provisional”²⁰³, puesto que la prohibición de importación de cada variedad de un producto se mantenía hasta que se hubiera aplicado a una variedad el tratamiento respectivo y este hubiere resultado eficaz. La eliminación de la prohibición de importación en una variedad en particular sometida a un tratamiento de desinfestación permitiría, según el Japón, acumular nuevos datos sobre los efectos de un tratamiento o características de los productos prohibidos, siendo posible alcanzar un nivel de

²⁰³ Ibidem. Párrafo (4.187)

confianza sobre la posibilidad de aplicar de forma más amplia el tratamiento existente²⁰⁴.

Estados Unidos cuestionó el carácter de provisional de la medida objeto de la controversia, planteando que ésta había entrado en vigor hace 48 años y que no existían pruebas de que el Japón hubiese iniciado un proceso que diese lugar a una evaluación más objetiva del riesgo en un plazo razonable²⁰⁵. Asimismo, indicó que la medida impuesta por Japón no se ajustaba a lo establecido en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF, que dispone: “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.”. Al respecto, Estados Unidos esgrimió, entre otros argumentos, que las descripciones de las variaciones de prueba dosis-mortalidad aplicadas a distintas variedades aportadas por Japón ignoraban “las conclusiones de los estudios científicos efectuados sobre tratamientos de cuarentena aplicados al gusano de la manzana”²⁰⁶.

²⁰⁴ Ibidem. Párrafo (4.188)

²⁰⁵ Ibidem. Párrafo (4.191)

²⁰⁶ Ibidem. Párrafo (8.18)

En lo concerniente a la vulneración del citado párrafo 2 del artículo 2, Japón señaló en sus alegaciones de defensa que había suficientes textos y datos científicos que indicaban "...la posible presencia de una diferencia estadísticamente significativa en cuanto a la eficacia de las medidas conocidas de desinfestación entre distintas variedades del mismo producto, y que ese tipo de diferencia podría exigir la aplicación de un tratamiento distinto"²⁰⁷.

A fin de establecer si la medida cuestionada se mantenía sin testimonios científicos suficientes, el Grupo Especial consideró que debía determinar la existencia o no de una relación objetiva entre la medida y la evidencia científica presentada, como también, las opiniones de expertos que lo asesoraban. Examinadas las pruebas, el citado Grupo Especial consideró "...que hasta la fecha no ha sido suficientemente demostrado que exista una relación racional u objetiva entre la prescripción de pruebas por variedad y los testimonios científicos presentados al Grupo Especial"²⁰⁸. En consecuencia, habiendo arribado a la conclusión que el Japón mantenía la medida objetada por Estados Unidos sin testimonios científicos suficientes, conforme lo señala el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF, el Grupo Especial procedió a analizar si la medida provisional se ajustaba a lo establecido en el párrafo 7 del artículo 5 del acuerdo, puesto que de ser así, no habría vulneración al referido párrafo 2 del artículo 2.

²⁰⁷ Ibidem. Párrafo (8.20)

²⁰⁸ Ibidem. Párrafo (8.42)

En este contexto, Japón argumentó que la medida cuestionada se motivaba en que la información pertinente de la que disponía "...sugiere la posibilidad de que el tratamiento de desinfestación tenga diferente eficacia según las variedades. Una vez suprimida la prohibición de las importaciones de determinada variedad, el Japón espera que se acumulen nuevos datos sobre los efectos del tratamiento aprobado para esa variedad a fin de alcanzar un nivel suficiente de confianza con respecto a la aplicabilidad de ese tratamiento a otras variedades."²⁰⁹. En cuanto a la exigencia de la parte final del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF relativa a que los países miembros deben tratar de "obtener información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo", señaló que dicha obligación se cumplía con el requerimiento que Japón efectúa a los países exportadores a fin que aporten los datos del tratamiento que se solicita para la entrada de nuevas variedades y, además, se sigue reuniendo información y estudiando la eficacia de los tratamientos en la División de Investigaciones de la Estación de Protección Fitosanitaria de Yokohama.

En oposición a la argumentación descrita, Estados Unidos alegó que el Japón estaba interpretando erróneamente el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, planteando que dicho párrafo "...establece un requisito mínimo para que una medida se considere provisional, a saber, que los testimonios científicos

²⁰⁹ Ibidem. Párrafo (8.50)

pertinentes sean insuficientes para poder realizar una evaluación del riesgo.”²¹⁰ y, en este caso, habrían testimonios científicos suficientes. Aduce además, que el Japón no presentó ninguna prueba que compruebe que haya realizado la revisión de la medida en un plazo razonable.

En razón de las alegaciones expuestas, el informe del Grupo Especial desarrolló los elementos que deberían concurrir respecto de las medidas establecidas de conformidad al párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, indicando lo siguiente:

“A nuestro juicio, la primera frase del párrafo 7 del artículo 5 permite a los Miembros adoptar provisionalmente medidas fitosanitarias si se reúnen dos elementos, de carácter acumulativo:

- La medida se impone con respecto a una situación en la que “los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”; y
- La medida se adopta “sobre la base de la información pertinente de que [se] disponga”.

No obstante, incluso si una medida reúne estos elementos, la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 impone obligaciones adicionales al miembro que adopte provisionalmente la medida, a saber la obligación de

- “[tratar] de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo”; y

²¹⁰ Ibidem. Párrafo (8.52)

- “revisar en consecuencia la medida...fitosanitaria en un plazo razonable”²¹¹.

Reproducidos los elementos que a juicio del Grupo Especial se desprenden del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, se aprecia que esta disposición impone la concurrencia de elementos para adoptar la medida provisional y otros adicionales, una vez adoptadas dichas medidas. En consecuencia, para que un país miembro pueda adoptar y mantener una medida ajustada al señalado párrafo 7 del artículo 5, deben concurrir todos los elementos mencionados.

En relación a los elementos de la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, el Grupo Especial efectuó un análisis respecto del cumplimiento o no, por parte de Japón, en cuanto a “[tratar] de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo”²¹². Sobre el particular, Japón planteó que los países exportadores proporcionan información adicional cuando solicitan acceso a su mercado, sin embargo, el Grupo Especial observó que la finalidad de dichos países era cumplir con la prescripción de pruebas por variedad y no controvertir la procedencia de ésta. En cuanto a los estudios que se le habían presentado, observó que ninguno examina efectivamente si las características varietales causan una divergencia en la eficacia de la cuarentena. Es útil consignar que el elemento en estudio, esto es, la obtención de información

²¹¹ Ibidem. Párrafo (8.54)

²¹² Ibidem.

adicional, no impone una obligación de resultado, sino más bien una obligación de medio, utilizando conceptos de responsabilidad de derecho civil.

Del mismo modo, el Grupo Especial estimó que tampoco concurría el otro elemento de la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, es decir, revisar la medida fitosanitaria dentro de un plazo razonable, haciendo notar que “desde la entrada en vigor del Acuerdo MSF, el 1° de enero de 1995, el Japón ha tenido la obligación expresa de reunir información adicional que le permitiese examinar con más objetividad la procedencia de la prescripción de pruebas por variedad”²¹³.

En lo concerniente a la alegación de Estados Unidos relativa a la falta de transparencia de las medidas cuestionadas, Japón planteó que se trataba de directrices que en general no se publicaban “...porque son documentos sumamente técnicos, dirigidos a autoridades extranjeras que se encargan de cuarentena de vegetales.”²¹⁴. Por otra parte, Estados Unidos indicó que la falta de publicación de la prescripción de pruebas vulneraría el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, manifestando que “...el exportador no tiene otra forma de discernir qué es necesario hacer para que un producto incluido en la lista de productos cuya entrada está prohibida pase a una lista de productos cuya entrada

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ Ibidem. Párrafo (8.106)

esté aprobada por Japón.”²¹⁵. Al respecto, el Grupo Especial estimó que si bien la prescripción de pruebas no era obligatoria, dado que los países exportadores tenían la alternativa de demostrar la eficacia de un tratamiento por otros medios, constituye en si misma una reglamentación sanitaria por lo que debía publicarse, de conformidad a lo dispuesto en el párrafo 1 del Anexo B del Acuerdo MSF.

El informe del Grupo Especial fue distribuido a los miembros el 27 de octubre de 1998, arribando a las siguientes conclusiones²¹⁶:

- (i) El Japón al mantener la prescripción de pruebas por variedad objeto de la diferencia respecto de productos agropecuarios, procede en forma incompatible con la obligación que impone el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF, de no mantener medidas fitosanitarias “sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5”.
- (ii) Al mantener la prescripción de pruebas señalada, procede en forma incompatible con la obligación que impone el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, de asegurar que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección.

²¹⁵ Ibidem. Párrafo (8.107)

²¹⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS76. Japón- Productos agrícolas II. [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds76_s.htm > [consulta 6 de febrero de 2015]

- (iii) Al no haber publicado la prescripción de pruebas por variedad con respecto a ninguno de los productos, procede en forma incompatible con las obligaciones establecidas en el párrafo 1 del Anexo B en relación al artículo 7 del Acuerdo MSF.

Las consideraciones desarrolladas por el Grupo Especial en su informe atañen directamente a la falta de certeza o incertidumbre científica, que corresponde a uno de los elementos indiscutidos del principio de precaución, el cual fuera abordado en el primer capítulo. En efecto, una vez que el Grupo Especial estimó que no existía una relación objetiva entre la prescripción de pruebas por variedad y los testimonios científicos presentados, concluyendo que la medida objeto de la diferencia era incompatible con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF, se hace necesario analizar la salvedad o alternativa que esta disposición contiene relativa a que la medida cuestionada se haya ajustado a lo establecido en el párrafo 7 del artículo 5 del citado acuerdo. La parte final del referido párrafo 2 del artículo 2 dispone que los países miembros deben asegurarse que una medida “no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5”; a su vez, el texto del párrafo 7 establece “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...”. Por

consiguiente, podría mantenerse una medida si la evidencia científica no es suficiente, esto es, insuficiente.

Si bien el Grupo Especial no dilucida que ha de entenderse por “testimonios científicos insuficientes”, es interesante hacer notar que Estados Unidos interpreta tal exigencia en el sentido de que no haya testimonios científicos pertinentes que sean suficientes para poder realizar una evaluación de riesgo, siendo éste el requisito mínimo para que una medida se considere provisional.

Al respecto, como se mencionó en el primer capítulo, la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución, al referirse al elemento de la incertidumbre científica, indica que la invocación del citado principio no sólo presupone la identificación de efectos potencialmente peligrosos sino que a su vez de una evaluación científica de los riesgos que, debido a la insuficiencia de datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión²¹⁷.

La postura de Estados Unidos sólo permitiría recurrir al párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF si no existen suficientes testimonios científicos para realizar

²¹⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Op. Cit. Párrafo 5.1.3.

una evaluación de riesgo, acorde con la exigencia del párrafo 1 de la misma disposición, dejando fuera aquellos casos en los cuales habiéndose efectuado una evaluación de riesgos los resultados no son concluyentes o precisos, por lo que no existe certeza científica del riesgo.

La adopción de la postura descrita implicaría que si un país miembro adopta una medida que luego es cuestionada por otro país e invoca como defensa que efectivamente realizó una evaluación de riesgo en cumplimiento del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF, si es desestimada su defensa no podría recurrir al párrafo 7 del mismo artículo, aduciendo que la respectiva evaluación dio cuenta que existe incertidumbre científica del riesgo.

La postura más amplia de las Comunidades Europeas es más razonable que la planteada por Estados Unidos, puesto que ésta última disuadiría de realizar una evaluación de los riesgos, si hay el justo temor que el efectuar dicha evaluación con la evidencia existente arrojaría un resultado impreciso, circunstancia que implicaría el cumplimiento del párrafo párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF y la imposibilidad inmediata de recurrir al párrafo 7 del mismo artículo, careciendo de sentido la parte final del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF.

El 24 de noviembre de 1998, Japón notificó su intención de apelar de las conclusiones del citado informe, con la finalidad que el Órgano de Apelación realice una revisión de las cuestiones de derecho e interpretación jurídica realizadas por el Grupo Especial.

Dentro del informe del Órgano de Apelación, se destaca que éste reafirmó la constatación del Grupo Especial en cuanto a que, aun cuando se considerase que la medida adoptada por Japón cumplía con la primera frase del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, no ha cumplido con los elementos contenidos en la segunda frase del citado párrafo²¹⁸, porque no trató de obtener la información adicional necesaria para una evaluación objetiva del riesgo y tampoco revisó su prescripción de pruebas por variedades en un plazo razonable.

El Órgano de Apelación confirma la existencia de los cuatro requisitos acumulativos identificados por el Grupo Especial que los países miembros deben cumplir para adoptar y mantener una medida sanitaria o fitosanitaria provisional de forma justificada, los cuales como se recordará son:

- i) que la medida se imponga en una situación en la que los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes.

²¹⁸ Informe del Órgano de Apelación. Japón- Medidas que afectan a los productos agrícolas. WT/DS76/AB/R. Op. Cit. Página 110.

- ii) que la medida se adopte sobre la base de la información pertinente de que se disponga.
- iii) adoptada la medida, concurriendo los elementos precedentes, el país miembro debe tratar de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo.
- iv) por último, revisar la medida adoptada en un plazo razonable.

Otro punto interesante en el informe del Órgano de Apelación, es la mención a la referencia que hace el párrafo 2 del artículo 2 de Acuerdo MSF del párrafo 7 del artículo 5 del mismo acuerdo, indicando que éste último “constituye una exención cualificada de la obligación dimanada del párrafo 2 del artículo 2 de no mantener medidas sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes. Una interpretación excesivamente amplia y flexible de esa obligación privaría de su sentido al párrafo 7 del artículo 5”²¹⁹. Esta afirmación refuerza la constatación efectuada por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el caso hormonas en el sentido que el principio de precaución se encontraría reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, y constituiría una exención a la obligación contenida en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF, si bien con aplicación circunscrita a casos en que los testimonios científicos sean insuficientes, en el sentido de no ser suficientes para efectuar una evaluación de riesgos o, en la posición planteada por las Comunidades Europeas, cuando aun

²¹⁹ Ibidem. Párrafo (80)

siendo suficientes para efectuar la evaluación los resultados no sean concluyentes.

Respecto al argumento de Japón consistente en que el requisito del párrafo 2 del artículo 2 de no mantener una medida sanitaria o fitosanitaria sin testimonios científicos suficientes debe interpretarse a la luz del principio de precaución, el Órgano de Apelación reiteró lo manifestado en el caso hormonas, sosteniendo que el principio de precaución o cautela se encuentra reflejado en el párrafo 6 del preámbulo, párrafo 3 del artículo 3 y párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF y que dicho principio no ha sido incluido en el texto del señalado acuerdo como un motivo que justifique aquellas medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los miembros establecidas en éste²²⁰.

Si bien es cierto que el informe del Grupo Especial no hace referencia expresa al principio de precaución alegado por Japón, las consideraciones que contiene dan cuenta de que las medidas objeto de la diferencia fueron analizadas en razón del cumplimiento o no de las exigencias que dispone los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF, prevaleciendo en consecuencia la aseveración expuesta por el Órgano de Apelación en el sentido de que el principio de precaución por si solo no justifica las medidas sanitarias y fitosanitarias, debiendo éstas cumplir con lo preceptuado en el citado acuerdo.

²²⁰ Ibidem. Párrafo (81)

El informe del Órgano de Apelación fue distribuido entre los miembros el 22 de febrero de 1999. Este informe confirmó en definitiva lo concluido previamente por el Grupo Especial, de que las pruebas por variedad aplicadas a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces no eran compatibles con las prescripciones del Acuerdo MSF. El informe de los mencionados órganos resolutivos, fue adoptado por el OSD, el 19 de marzo de 1999. En lo que dice relación con la aplicación de los informes adoptados, sin profundizar en esto, se menciona que el 23 de agosto de 2001, Japón y los Estados Unidos notificaron al OSD una solución mutuamente satisfactoria acerca de las condiciones para suprimir las prohibiciones de las importaciones de los frutos y nueces objeto de esta diferencia²²¹.

4.2.3. Caso Manzanas

El asunto “Japón – Medidas que afectan a la Importación de Manzanas– Reclamación de Estados Unidos”, DS245, cuyo título abreviado en español es Japón – Manzanas, se originó con motivo del reclamo formulado por los Estados Unidos en contra de Japón²²² alegando que desde 1994 éste país había impuesto restricciones de cuarentena a las manzanas estadounidenses importadas por

²²¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS76. Op. Cit.

²²² Informe del Grupo Especial. Japón- Medidas que afectan a la Importación de Manzanas. WT/DS245/R. [en línea] <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds245/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds245/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>)>[consulta 3 de noviembre de 2011]

Japón, para protegerse contra la introducción de la bacteria de la niebla del peral y del manzano, cuyo nombre científico es *Erwinia amylovora*. El reclamante esgrimió que las medidas adoptadas por el Japón eran incompatibles con el artículo XI del GATT de 1994, los párrafos 2 y 3 del artículo 2, los párrafos 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 5, los párrafos 1 y 2 del artículo 6 y el artículo 7 y el Anexo B del Acuerdo MSF, así como también, con el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura²²³.

Las señaladas restricciones incluían²²⁴, entre otras, la prohibición de importar manzanas de huertos en los cuales se detectara la niebla del peral o del manzano, la prescripción de que se controlase tres veces al año la presencia de niebla del peral o manzano en los huertos de exportación, la descalificación de cualquier huerto para exportar al Japón si se detectara la enfermedad en una zona tampón de 500 metros alrededor de dicho huerto y un tratamiento con cloro posterior a la recolección de manzanas exportadas.

Al igual que en el caso anterior, entre las disposiciones pertinentes al presente asunto se encuentran las contenidas en la Ley Japonesa de Protección Fitosanitaria y su Reglamento de Aplicación, en razón de las cuales se prohíbe

²²³ En la solicitud de consultas, los Estados Unidos alegaron que la medida adoptada por Japón era incompatible con artículo XI del GATT de 1994, los párrafos 2 y 3 del artículo 2, los párrafos 1, 2, 3 y 6 del artículo 5, los párrafos 1 y 2 del artículo 6 y el artículo 7 y el Anexo B del Acuerdo MSF, así como también, con el artículo 14 del Acuerdo sobre la Agricultura. No obstante, en la solicitud de establecimiento del Grupo Especial al OSD, se añadió la incompatibilidad con el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF y el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura, omitiendo la alegación invocada anteriormente en razón del artículo 14 del Acuerdo sobre agricultura.

²²⁴ Informe del Grupo Especial. Japón- Medidas que afectan a la Importación de Manzanas. WT/DS245/R. Op. Cit.

la importación de plantas huéspedes de 15 plagas cuarentenarias, incluyendo la bacteria de la niebla y del manzano y plagas de la planta de arroz que no existen en Japón.

Los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas con el Japón el 1 de marzo de 2002, respecto a las restricciones impuestas por el Japón a las importaciones de manzanas procedentes de los Estados Unidos. Posteriormente y en atención a que no se arribó a una solución luego de la celebración de consultas, los Estados Unidos solicitaron al OSD el establecimiento de un Grupo Especial.

El OSD estableció el Grupo Especial con fecha 3 de junio de 2002, de conformidad al artículo 6 del ESD, en virtud del mandato dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7 del mismo cuerpo legal²²⁵. Australia, Brasil, Comunidades Europeas, Nueva Zelandia y el Territorio Aduanero distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, se reservaron el derecho a participar como terceros en las actuaciones del Grupo Especial.

Dentro de las argumentaciones esgrimidas por Japón se encontraba que la medida fitosanitaria impugnada estaba justificada al amparo del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, en forma alternativa, para el caso en que el Grupo

²²⁵ Ibidem. Párrafo (1.3.)

Especial constataste que la medida se mantiene sin testimonios científicos suficientes, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 de dicho acuerdo²²⁶. En razón que el Grupo Especial determinó que la medida adoptada por el Japón se mantuvo sin testimonios científicos suficientes, procedió a examinar si tal medida se justificaba como una medida de carácter provisional en los términos establecidos en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

Al respecto y previa reiteración de la observación efectuada por el Órgano de Apelación en el caso productos agrícolas, en orden a que el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF establece cuatro requisitos de carácter acumulativo, el Grupo Especial procedió a efectuar un análisis de éstos, específicamente, aquel que sostiene que la medida se imponga en una situación en la que los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes. En el desarrollo de este examen, el Grupo Especial observó que el hecho de concluirse que una medida “se mantiene sin testimonio científico suficiente no resuelve necesariamente la cuestión separada, en el marco del párrafo 7 del artículo 5, de si se trata de una situación en la que los testimonios científicos pertinentes” son insuficientes²²⁷.

Al abordar esta expresión, el Grupo Especial concluye que “testimonios científicos pertinentes insuficientes” hace referencia a testimonios en general

²²⁶ *Ibidem*. Párrafo (8.210 y siguientes)

²²⁷ *Ibidem*. Párrafo (8.215)

sobre la cuestión fitosanitaria de que se trate, como es el riesgo de transmisión de la bacteria de la niebla del peral y del manzano a través de manzanas importadas. En la especie, el Grupo Especial planteó la existencia de gran volumen de testimonios científicos pertinentes y que el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, lo que pretendía regular era situaciones en que se disponía de pocos testimonios fiables o de ninguno, acerca del objeto en examen. Asimismo, indicó que “el hecho de que esos testimonios no respalden las opiniones de Japón carece de importancia. El párrafo 7 del artículo 5 no se refiere a los testimonios que respalden las opiniones del Miembro que desea imponer medidas sanitarias o fitosanitarias”²²⁸.

En virtud del razonamiento expuesto, el Grupo Especial arribó a la conclusión que la medida adoptada por Japón no se justificaba como una medida provisional en el sentido establecido en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, al no concurrir el primer requisito de la primera frase de esta disposición.

El informe del Grupo Especial fue distribuido a los miembros el 15 de julio de 2003, concluyendo en resumen²²⁹ que la medida fitosanitaria adoptada por Japón a la importación de manzanas procedentes de los Estados Unidos era incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF y no estaba

²²⁸ Ibidem. Párrafo (8.220)

²²⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS245. Japón- Medidas que afectan a la importación de manzanas [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds245_s.htm> [consulta 6 de febrero de 2015]

justificada de acuerdo al párrafo 7 del artículo 5 del citado acuerdo. Además, concluyó que la evaluación de riesgo de plagas efectuada por el Japón en 1999 no cumplía con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

El 26 de noviembre de 2003, Japón notificó su intención de apelar de las conclusiones del citado informe, con la finalidad que el Órgano de Apelación realice una revisión de las cuestiones de derecho e interpretación jurídica realizadas por el Grupo Especial.

Al momento de abordar la alegación de Japón relativa a que el Grupo Especial incurrió en un error al constatar que la medida impugnada no se impuso en una situación con testimonios científicos pertinentes insuficientes, de conformidad al párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, el Órgano de Apelación realizó un análisis de las nociones de “pertinencia” e “insuficiencia” contenidas en la primera frase de la disposición en cuestión, indicando preliminarmente que implican una relación entre los testimonios científicos y alguna otra cosa. A continuación, señala que para establecer la naturaleza de la señalada relación “es instructivo leer esa frase introductoria en el contexto más amplio del artículo 5 del acuerdo MSF, que se titula “Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria”²³⁰.

²³⁰ Informe del Órgano de Apelación. Japón- Medidas que afectan a la Importación de Manzanas. WT/DS245/AB/R [en línea] <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds245/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds245/ab/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)>[consulta 3 de noviembre de 2011]. P. 79. Párrafo (179).

El Órgano de Apelación expone en su razonamiento que el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF, referente a que los miembros deben basar las medidas sanitarias o fitosanitarias en una evaluación de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas o animales o para la preservación de los vegetales, establece una disciplina crucial que informa las demás disposiciones de dicho artículo 5, incluyendo el analizado párrafo 7. A su vez, la segunda frase de éste párrafo 7 hace mención a “una evaluación objetiva del riesgo”. Luego de lo razonado, el citado órgano sugiere la existencia de un vínculo entre el primer requisito establecido en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF y la obligación de realizar una evaluación de los riesgos señalada en el párrafo 1 del mismo artículo, planteando la siguiente afirmación: “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”²³¹⁻²³². Por consiguiente, el término “pertinencia” se entiende por el citado órgano revisor como un vínculo o relación con la exigencia de efectuar la evaluación de riesgo, surgiendo el cuestionamiento manifestado en el caso sobre

²³¹ *Ibidem*.

²³² El Anexo A que contiene definiciones del Acuerdo MSF, da el siguiente significado a Evaluación de riesgos: “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.”

productos agropecuarios, en lo relativo a que bajo esta interpretación quedarían fuera aquellos casos en los que habiéndose realizado la referida evaluación los resultados no son certeros.

La aseveración señalada es utilizado por el Órgano de Apelación como punto de partida para indicar en el presente caso que “La cuestión es si los testimonios pertinentes, ya sean “generales o específicos”, por utilizar los términos empleados por el Grupo Especial, son suficientes para que pueda evaluarse la probabilidad de entrada, radicación o propagación de, en el presente caso, la niebla del peral y del manzano en el Japón”²³³.

Considerando la interpretación expuesta, la existencia de variados testimonios científicos, según lo constatado por el Grupo Especial, y la definición de “Evaluación de riesgo” contenida en el Anexo A del Acuerdo MSF, el Órgano de Apelación concluyó que en lo que se refiere al riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de manzanas importadas por Japón desde Estados Unidos, los testimonios científicos pertinentes no eran insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

²³³ Informe del Órgano de Apelación. Japón- Medidas que afectan a la Importación de Manzanas. WT/DS245/AB/R. Op. Cit. Párrafo (179).

Respecto a la impugnación que Japón efectuó de la afirmación del Grupo Especial referente a que la mencionada disposición tiene por objeto abordar situaciones en las que se dispone de pocos testimonios fiables, o de ninguno, sobre la cuestión objeto de examen, no contemplando situaciones de incertidumbre no resuelta, el Órgano de Apelación expuso que la aplicación del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF no se activa por la existencia de incertidumbre científica, sino que por la insuficiencia de testimonios científicos, por lo que considera que dicha disposición no puede interpretarse “a través del prisma de la “incertidumbre científica.”²³⁴.

El Japón impugnó igualmente la interpretación del mencionado párrafo 7 del artículo 5 que hace el Grupo Especial, planteando que es “demasiado restringida porque excluye casos en los que la cantidad de testimonios sobre una cuestión fitosanitaria “no sea pequeña”, pero que los testimonios científicos no han resuelto la cuestión”²³⁵. Sobre el particular, el Órgano de Apelación manifestó que no compartía la apreciación expuesta por el Japón, toda vez que la declaración del Grupo Especial de que el párrafo 7 del artículo 5 tiene por finalidad abordar situaciones en las que se dispone de pocos testimonios fiables, o de ninguno, sobre la cuestión examinada alude a la disponibilidad de testimonios fiables. Asimismo, el Grupo Especial observó en la sección de reexamen intermedio de

²³⁴ Ibidem. Párrafo (184)

²³⁵ Ibidem. Párrafo (185)

su informe, que con arreglo a su criterio el párrafo 7 del artículo 5 sería aplicable en una situación en la que se hubieran efectuado amplias investigaciones científicas sobre una cuestión en particular sin haberse obtenido testimonios fiables, razonamiento que a juicio de dicho Órgano de Apelación constituye un reconocimiento expreso que en los casos en los que se dispone de una cantidad de testimonios que no es mínima pero que no ha dado lugar a resultados fiables o concluyentes, se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF²³⁶.

De lo expuesto se desprende que el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, donde se encontraría incorporado el principio de precaución en un “sentido específico”, se aplicaría ante situaciones donde hay insuficiencia de testimonios científicos relativos al riesgo en cuestión, en las que hay pocos testimonios fiables o ninguno y en las que se dispone de una cantidad de testimonios que si bien no es mínima no da lugar a resultados fiables o concluyentes, circunstancias que imposibilitarían una adecuada evaluación del riesgo, conforme lo requiere el párrafo 1 del citado artículo 5²³⁷.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ Al respecto, Denise Prevost plantea que la interpretación que se desprende de las conclusiones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, en orden a que el principio de precaución incorporado en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, crea una excepción limitada para casos donde hay una verdadera falta de evidencia científica relevante y confiable, podría ayudar a disipar eventuales miedos de que dicha disposición pueda ser mal utilizada para justificar medidas adoptadas sin tener en cuenta la evidencia científica PREVOST, DENISE. What Role for the Precautionary Principle in WTO Law after Japan-Apples? Op. Cit. p. 10.

Es interesante mencionar la impugnación de Japón en cuanto a que el Grupo Especial no tuvo debidamente en cuenta el “principio de precaución”²³⁸, amparándose en el artículo 11 del ESD²³⁹, puesto que no ponderó la necesidad de obrar con prudencia destacada por los expertos en sus opiniones²⁴⁰. Al respecto, el Órgano de Apelación reiteró lo expuesto en el caso hormonas en lo referente a que el principio de cautela no tenía aún una formulación autorizada fuera del derecho medioambiental internacional, pero que si bien era pertinente en el Acuerdo MSF, este principio no liberaba a los estados miembros de sus obligaciones en el marco de la OMC y que en consecuencia, no prevalece sobre los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del acuerdo ya citado. Habida consideración de lo expuesto y analizadas las referencias del Grupo Especial a las expresiones de prudencia de los expertos, el Órgano de Apelación concluyó que dicho grupo no sobrepasó los límites de sus facultades discrecionales para decidir sobre los hechos, aun cuando éste no atribuyera todo el peso que el Japón hubiere deseado a las expresiones de prudencia de los expertos.

El informe del Órgano de Apelación fue distribuido entre los miembros el 26 de noviembre de 2003. Este informe rechazó las alegaciones formuladas por Japón

²³⁸ Cabe hacer notar, que el texto en español del informe utiliza la expresión “principio de precaución” y no “principio de cautela” como en el caso hormonas.

²³⁹ Artículo 11 ESD Función de los grupos especiales: “La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria”.

²⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación. Japón- Medidas que afectan a la Importación de Manzanas. Op. Cit. Párrafo (232)

y confirmó en definitiva lo constatado por el Grupo Especial, de que las medidas adoptadas por Japón no eran compatibles con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y de los párrafos 1 y 7 del artículo 5 Acuerdo MSF. Además, concluyó que la evaluación de los hechos efectuadas por el Grupo Especial, era concordante con las funciones que establecía el artículo 11 del ESD. Los informes respectivos fueron adoptados por el OSD, el 10 de diciembre de 2003 y respecto de su aplicación, se menciona que el 30 de agosto de 2005, Japón y los Estados Unidos notificaron al OSD una solución mutuamente convenida²⁴¹.

4.2.4. Caso Productos Biotecnológicos

El asunto “Comunidades Europeas – Aprobación y Comercialización de Productos Biotecnológicos”, DS291/DS292/DS293, que para efectos del título denominamos “Caso Productos Biotecnológicos”²⁴², se originó con motivo de los reclamos efectuados por Estados Unidos²⁴³, Canadá²⁴⁴ y Argentina²⁴⁵ en contra de las Comunidades Europeas²⁴⁶ en razón de determinadas medidas adoptadas por ésta y sus Estados miembros que afectan a productos de biotecnología.

²⁴¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS291.Comunidades Europeas- Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds291_s.htm> [consulta 6 de febrero de 2015]

²⁴² La presente diferencia ha sido denominada “EC- Biotech” en diversos artículos académicos.

²⁴³ DS291

²⁴⁴ DS292

²⁴⁵ DS293

²⁴⁶ 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. [en línea] <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds291/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds291/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>)[consulta 3 de noviembre de 2011]

La legislación pertinente en la presente diferencia²⁴⁷, entre otras, corresponde al régimen de las Comunidades Europeas para la aprobación de productos biotecnológicos que constaba en dos instrumentos jurídicos principales: en primer lugar, la Directiva 2001/18 de las Comunidades Europeas y su predecesora, la Directiva 90/220 de las Comunidades Europeas, que regula la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y, en segundo lugar, el Reglamento 258/97 de las Comunidades Europeas, que regula los nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios.

Estos instrumentos mencionan el procedimiento administrativo que debe seguirse en caso de que una empresa desee obtener la aprobación para comercializar un producto biotecnológico y los criterios con los que se evalúa una solicitud de aprobación. Asimismo, estos cuerpos legales permiten que los Estados miembros de las Comunidades Europeas adopten medidas de salvaguardia respecto de los citados productos que han obtenido la correspondiente aprobación para ser comercializados, restringiendo o prohibiendo la venta en su territorio, en caso que posea razones suficientes para considerar que el producto constituye un riesgo para la salud humana o el medio ambiente.

²⁴⁷ *Ibidem*. Párrafo (2.3.)

En su reclamación Estados Unidos²⁴⁸, Canadá²⁴⁹ y Argentina²⁵⁰ esgrimieron que la señalada medida sería incompatible con las siguientes disposiciones:

a) los párrafos 2 y 3 del artículo 2, los párrafos 1, 2, 5 y 6 del artículo 5, los artículos 7 y 8, los párrafos 1, 2 y 5 del Anexo B, y los apartados a), b) y e) del párrafo 1 del Anexo C del Acuerdo MSF;

b) el párrafo 1 del artículo I, el párrafo 4 del artículo III, el párrafo 1 del artículo X y el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994;

c) el párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura; y

d) los párrafos 1, 2, 8, 9, 11 y 12 del artículo 2 y los párrafos 1.1, 1.2, 2.1, 2.2, 6 y 8 del artículo 5 del Acuerdo OTC.

Los Estados Unidos, Canadá y Argentina solicitaron la celebración de consultas con las Comunidades Europeas el 13 de mayo de 2003, respecto a las medidas adoptadas que restringían el comercio de los citados productos biotecnológicos. Posteriormente y en atención a que no se arribó a una solución luego de la celebración de consultas, los Estados Unidos, Canadá y Argentina solicitaron al OSD el establecimiento de un Grupo Especial.

El OSD estableció un Grupo Especial único en respuesta a las solicitudes efectuadas por los tres países miembros reclamantes con fecha 29 de agosto de

²⁴⁸ Ibidem. Párrafo (3.2.)

²⁴⁹ Ibidem. Párrafo (3.4.)

²⁵⁰ Ibidem. Párrafo (3.6.)

2003, de conformidad al artículo 6 del ESD, en virtud de mandato dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7 del mismo cuerpo legal²⁵¹. Argentina (respecto a las reclamaciones de Estados Unidos y Canadá), Australia, Brasil, Canadá (respecto a las reclamaciones de Estados Unidos y Argentina), Chile, China, Colombia, el Salvador, Estados Unidos (respecto a las reclamaciones de Canadá y Argentina), Honduras, México, Nueva Zelandia, Noruega, Paraguay, Perú, Taipei Chino, Tailandia y Uruguay se reservaron el derecho a participar como terceros en las actuaciones del Grupo Especial.

Al hacerse cargo de las consideraciones formuladas por las Comunidades Europeas relativas a la aplicación de otras normas de derecho internacional para la interpretación de los acuerdos de la OMC, como sería el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología, el Grupo Especial expone que el párrafo 2 del artículo 3 del ESD establece que la interpretación de los acuerdos de la OMC debe realizarse de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público y que estas normas se reflejan²⁵², en parte, en el artículo 31 de la Convención de Viena, citando para estos efectos el Informe del Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos- Acero al carbono, párrafos 61 y 62. Acto seguido, explica que el párrafo 3 letra c) del artículo 31 de la citada Convención²⁵³, al referirse a “toda norma pertinente de derecho internacional”,

²⁵¹ Ibidem. Párrafo (1.10.)

²⁵² Ibidem. Párrafo (7.65.)

²⁵³ Párrafo 3, letra c) del Artículo 31 de la Convención de Viena: “...3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

abarcaría todas las fuentes del derecho internacional público generalmente aceptadas, esto es, los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho reconocidos. Como consecuencia de lo anterior, concluye el Grupo Especial que el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología, al tratarse de un convenio internacional, reuniría las condiciones para ser una norma de derecho internacional²⁵⁴. En lo que dice relación a los principios generales de derecho internacional, indica que su condición de norma de derecho internacional quedó claro en el Informe del Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos- Camarones.

No obstante lo anterior, el Grupo Especial arribó a la conclusión que no estaban obligados a aplicar el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología para interpretar los acuerdos de la OMC, toda vez que dicho protocolo no estaba en vigor para Argentina, Canadá y Estados Unidos. Es así que, hasta ese momento, Argentina y Canadá habían firmado el Protocolo pero no lo habían ratificado y, en el caso de Estados Unidos, éste país no lo había firmado, por lo que en opinión del Grupo Especial “no es “aplicable” en las relaciones entre estos Miembros de la OMC y todos los demás Miembros de la OMC”²⁵⁵.

²⁵⁴ Informe del Grupo Especial. Comunidades Europeas- Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos. Op. Cit. Párrafo (7.67)

²⁵⁵ Ibidem. Párrafo (7.75)

De lo expuesto se puede deducir razonablemente, que, en el evento de presentarse una diferencia entre países miembros de la OMC que a su vez sean parte plenamente del Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología, éste convenio internacional debería utilizarse para interpretar los acuerdos abarcados en el marco de la OMC, presentándose la oportunidad de examinar el principio de precaución fuera del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, al encontrarse reconocido en el mencionado protocolo.

En efecto, el informe del Grupo Especial al abordar la aseveración de la Comunidades Europeas en cuanto a que el principio de precaución o cautela²⁵⁶ se ha convertido hoy en un principio pleno y general del derecho internacional, recurrió a lo expresado en el Informe del Órgano de Apelación en el caso hormonas, respecto de que la condición jurídica de este principio sigue siendo objeto de debate y que estimaba innecesario tomar posición sobre dicha materia. A lo anterior, el Grupo Especial agregó que a su parecer "...el debate jurídico acerca de si el principio de precaución o cautela constituye un principio de derecho internacional general o consuetudinario subsiste. En particular, no ha habido, hasta la fecha, ninguna decisión autorizada de una corte o tribunal internacional que reconozca el principio de precaución o cautela como un principio del derecho internacional general o consuetudinario"²⁵⁷. En virtud de que

²⁵⁶ Nótese que el Informe del Grupo Especial en el presente caso, utiliza la expresión "principio de precaución o cautela".

²⁵⁷ Informe del Grupo Especial. Comunidades Europeas- Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos. Op. Cit. Párrafo (7.88)

la naturaleza jurídica del principio de precaución o cautela sigue sin determinarse, el Grupo Especial concluye que la prudencia les aconseja no resolver la materia en cuestión.

En cuanto al análisis efectuado con el objeto de determinar si las medidas adoptadas por la Comunidades Europeas son compatibles con los requisitos del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, el Grupo Especial consignó en su informe las siguientes constataciones efectuadas por el Órgano de Apelación en el caso manzanas: i) que para adoptar y mantener una medida un país miembro debe cumplir los cuatro requisitos que enuncia el citado párrafo 7 del artículo 5, los que son acumulativos; y, ii) que dicha disposición refleja el principio de cautela, el cual no ha sido incluido en el Acuerdo MSF como un motivo que justifique las medidas sanitarias y fitosanitarias incompatibles con dicho acuerdo.

Respecto del primer requisito contenido en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, el Grupo Especial nuevamente recurrió al caso manzanas para indicar que tal requisito se refiere a la insuficiencia de los testimonios científicos pertinentes para realizar una evaluación “adecuada” de los riesgos. Las Comunidades Europeas valiéndose de la expresión “evaluación adecuada de los riesgos”, planteó que tal expresión se refiere a una evaluación adecuada a los fines del legislador, que a su vez definió como una evaluación preparada por una fuente prestigiosa que informa inequívocamente al legislador acerca de un riesgo.

Ante esto, es interesante mencionar que el Grupo Especial señaló que “...una evaluación del riesgo como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y se define en el párrafo 4 del Anexo A puede contener opiniones científicas divergentes de fuentes calificadas y respetadas y que, en esa medida, no es necesario que informe necesariamente a un Miembro “inequívocamente” con respecto a los riesgos. En una evaluación de riesgo como se define en el párrafo 4 del Anexo A debe normalmente hacerse referencia al “grado de precisión” o nivel de confianza, con el que pueden evaluarse o han sido evaluados los riesgos pertinentes, así como a las circunstancias en las que puede ser necesario “revisar” la evaluación”²⁵⁸.

Del argumento precedente se aprecia que los testimonios científicos pertinentes a que hace referencia el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF no necesariamente deben ir en una misma dirección sino que pueden diferir entre ellos, pero sí debe mencionarse el grado de precisión o nivel de confianza con el que los riesgos pueden ser, o han sido, evaluados.

Otro punto interesante de consignar es la conclusión a la que arribó el Grupo Especial en su informe en relación al momento en el que ha de evaluarse la insuficiencia de los testimonios científicos pertinentes, indicando que tal evaluación debe realizarse en el momento que se adoptó una medida provisional.

²⁵⁸ Ibidem. Párrafo (7.3240)

De estimarse lo contrario, la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF no tendría sentido, puesto que “Si un Miembro que se acoge a la excepción establecida en el párrafo 7 del artículo hubiera de demostrar que en el momento del examen por un Grupo Especial los testimonios científicos pertinentes eran insuficientes para realizar una evaluación del riesgo que requiere el párrafo 1 del artículo 5 y se define en el párrafo 4 del Anexo A, no habría ninguna necesidad aparente de exigir a ese Miembro que tratara de obtener información adicional y que revisara su MSF provisional”²⁵⁹.

Habida consideración de los razonamientos del Grupo Especial, sumados a las constataciones fácticas que realizó, éste arribó a la conclusión que las medidas adoptadas por una serie de Estados miembros de las Comunidades Europeas demuestran que al momento de la adopción de la medida impugnada, el conjunto de testimonios disponibles permitían realizar una evaluación de riesgos como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y define el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF²⁶⁰.

El informe del Grupo Especial fue distribuido a los miembros el 29 de septiembre de 2006, concluyendo en resumen²⁶¹ que las Comunidades Europeas

²⁵⁹ Ibidem. Párrafo (7.3254)

²⁶⁰ Ibidem. Párrafo (7.3273 y siguientes)

²⁶¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS291.Comunidades Europeas-Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds291_s.htm> [consulta 6 de febrero de 2015]

habían aplicado una moratoria general de facto a la aprobación de productos biotecnológicos entre junio de 1999 y agosto de 2003, cuando se estableció el Grupo Especial. En lo pertinente a las medidas de salvaguardia de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, concluyó que estos habían actuado de forma incompatible con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF, porque estas medidas no se basaban en evaluaciones de riesgo de conformidad a la definición del señalado acuerdo y, que por consiguiente, se presumía que se mantenían sin testimonios científicos suficientes.

El informe respectivo, fue adoptado por el OSD el 21 de noviembre de 2006 y respecto de su aplicación se menciona que el 17 de enero de 2008, los Estados Unidos solicitaron al OSD suspender concesiones y otras obligaciones, a lo que se opuso las Comunidades Europeas, sometiendo la cuestión a arbitraje, de acuerdo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD. El citado arbitraje se encuentra suspendido a petición de las partes, a partir del 18 de febrero de 2008²⁶².

Por otra parte, con fecha 15 de julio de 2009, Canadá y las Comunidades Europeas notificaron al OSD una solución mutuamente convenida, de conformidad al párrafo 6 del artículo 3 del ESD, relativa a establecer un diálogo bilateral sobre cuestiones de interés mutuo sobre el acceso a los mercados de

²⁶² Ibidem.

productos agrícolas biotecnológicos²⁶³. A similar solución arribaron Argentina y las Comunidades Europeas, notificando al OSD el 19 de marzo de 2010, manifestando que el diálogo bilateral se enfocaría a cuestiones concernientes a la aplicación de la biotecnología en la agricultura²⁶⁴.

²⁶³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS291. Comunidades Europeas-Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds292_s.htm> [consulta 20 de febrero de 2018]

²⁶⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS291. Comunidades Europeas-Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds293_s.htm> [consulta 20 de febrero de 2018]

5. POSICIÓN ACTUAL DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LA OMC Y LA CUESTIÓN DEL RIESGO

5.1. Gradual aceptación de un discutido principio

La jurisprudencia analizada da cuenta de una construcción paulatina en el tiempo de una interpretación dentro del sistema de solución de diferencias de la OMC que permite la inclusión del principio de precaución y que tiene puesta su primera piedra en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF y extiende su ámbito sólo un poco más allá de este punto referencial, sin sobrepasar los límites de dicho acuerdo.

Uno de los primeros hitos de gran importancia en el desarrollo de esta construcción interpretativa se evidencia en los informes del Grupo Especial y Órgano Apelación en el caso Hormonas, los que consignaron que el principio de precaución se encontraba reflejado en el Acuerdo MSF. El informe del Grupo Especial²⁶⁵ plasmó que el citado principio de precaución estaba recogido por el párrafo 7 del artículo 5 del citado acuerdo, circunstancia que fue confirmada por el Órgano de Apelación²⁶⁶, el cual fue más allá e indicó que el principio en

²⁶⁵ Informe del Grupo Especial. EC-Hormonas. WT/DS26/R/USA. Op. Cit.

²⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Op. Cit.

cuestión se manifestaba en el párrafo 6 del Preámbulo, el párrafo 3 del artículo 3 y el señalado párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

La constatación precedente ha sido tomada, aplicada y profundizada en la jurisprudencia que sigue al caso Hormonas, a fin de dar contenido al sentido específico que el párrafo 7 del artículo 5 daría al principio de precaución. Es así que en el caso Productos Agropecuarios, el informe del Grupo Especial²⁶⁷ dilucidó la existencia de cuatro elementos en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, cuya concurrencia permitiría a los países miembros de la OMC la adopción provisional y mantenimiento de medidas sanitarias o fitosanitarias²⁶⁸.

El informe del Órgano de Apelación²⁶⁹ confirmó la concurrencia de los cuatro elementos identificados por el Grupo Especial, destacando su carácter acumulativo y que son igualmente importantes para establecer si una determinada medida sanitaria o fitosanitaria se ajusta al párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, por lo que cuando uno de esos elementos falte, tal medida será incompatible con la citada disposición. Esta afirmación adquiere un grado mayor de relevancia al tener presente que este Órgano de Apelación estimó que el señalado párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF constituye una exención cualificada de la obligación dimanada del párrafo 2 del artículo 2 del mismo

²⁶⁷ Informe del Grupo Especial. Japón- Medidas que afectan a los productos agrícolas. WT/DS76/R. Op. Cit.

²⁶⁸ Los cuatro elementos del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF que identificó el Grupo Especial en el caso Productos Agrícolas se encuentran enunciados en las páginas 142 -143.

²⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación. Japón- Medidas que afectan a los productos agrícolas. WT/DS76/AB/R. Op. Cit.

acuerdo de no mantener medidas sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes.

Habiéndose establecido los cuatro elementos o requisitos presentes en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, los informes en cuestión constatan que el tercer requisito no impone una obligación de resultado, sino que exige del país miembro una actuación encaminada a reunir información adicional que le permitiese examinar con más objetividad la procedencia de la medida en cuestión y revisarla dentro de un plazo razonable, en concordancia con el último de los requisitos.

Seguidamente, en el caso Manzanas se profundiza respecto del primero de los requisitos establecidos en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF. En este caso, el Órgano de Apelación²⁷⁰ llega a la conclusión que existe un vínculo entre el primer requisito establecido en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF y la obligación de realizar una evaluación de los riesgos señalada en el párrafo 1 del mismo artículo; y que los “testimonios científicos pertinentes” serán “insuficientes”, si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, según requiere el párrafo 1 del artículo 5 y como se define en el Anexo A del Acuerdo MSF, es decir, si son suficientes para que pueda evaluarse la

²⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación. Japón- Medidas que afectan a la Importación de Manzanas. WT/DS245/AB/R. Op. Cit.

probabilidad de entrada, radicación o propagación plagas o enfermedades en el territorio del país miembro importador.

La interpretación del Órgano de Apelación en este caso, si bien le da un sentido armónico al artículo 5 del Acuerdo MSF, tomando como directriz la evaluación de riesgos y consecuentemente con ello, contextualiza el párrafo 7 del citado artículo, otorgándole un significado que une los requisitos que éste enuncia, con tal interpretación deja fuera aquellos casos en los cuales se realizó una evaluación del riesgo respectivo con los testimonios científicos disponibles pero que cuyos resultados no son concluyentes o certeros, sin que dichas situaciones puedan quedar amparadas bajo el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

La construcción jurisprudencial hasta aquí descrita permitió al Grupo Especial²⁷¹ en el caso productos biotecnológicos, precisar en relación al segundo requisito presente en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF que la evaluación de la insuficiencia de los testimonios científicos pertinentes debe realizarse en el momento que se adoptó una medida provisional y que estos testimonios no necesariamente deben ir en una misma dirección sino que puede

²⁷¹ Informe del Grupo Especial. Comunidades Europeas- Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos. Op. Cit. Párrafo 7.67

diferir entre ellos, pero sí debe mencionarse el grado de precisión o nivel de confianza con el que los riesgos se han evaluado.

En lo que concierne a la cristalización del principio de precaución en el párrafo 6 del Preámbulo²⁷² y el párrafo 3 del artículo 3²⁷³ del Acuerdo MSF, se aprecia que el desarrollo interpretativo es incipiente en comparación al efectuado respecto del párrafo 7 del artículo 5 del citado acuerdo. En efecto, el Órgano de Apelación en el caso Hormonas fue el primero en establecer que el principio en estudio se reflejaba también en el párrafo 6 del Preámbulo y el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF, argumentando que dichos textos “...reconocen expresamente el derecho de los Miembros a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria, que puede ser más elevado (es decir, más cauto) que el implícito en las normas, directrices y recomendaciones internacionales vigentes.”²⁷⁴. La citada conclusión fue a su vez refrendada por el Órgano de Apelación en el caso Productos Agrícolas. Este criterio no obsta al cumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 5 del Acuerdo MSF, toda vez que

²⁷² El sexto párrafo del Preámbulo del Acuerdo MSF, indica: “Deseando fomentar la utilización de medidas sanitarias y fitosanitarias armonizadas entre los Miembros, sobre la base de normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas por las organizaciones internacionales competentes, entre ellas la Comisión del Codex Alimentarius, la Oficina Internacional de Epizootias y las organizaciones internacionales y regionales competentes que operan en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, sin que ello requiera que los Miembros modifiquen su nivel adecuado de protección de la vida o la salud de las personas y de los animales o de preservación de los vegetales;”

²⁷³ “3. Los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5. Ello, no obstante, las medidas que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria diferente del que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del presente Acuerdo.”

²⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R Op. Cit. Párrafo 124.

así lo dispone el referido párrafo 3 del artículo 3 y su nota de pie de página que expresamente indica que todo país miembro que estime necesario un nivel de protección sanitaria y/o fitosanitaria más elevado que las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, puesto que las considera insuficientes, debe basar dicha determinación en un examen y evaluación conforme con las disposiciones contenidas en el Acuerdo MSF.

Sin perjuicio que el reflejo del principio en estudio en los citados textos ha sido objeto de un esfuerzo interpretativo menor que el realizado respecto del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, sí es la posible entrada a una interesante discusión en el seno del sistema de solución de diferencias de la OMC relativa a la libertad de la que gozan los países miembros para establecer el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria que estimen conveniente, derecho que es coherente con lo establecido en la letra b) del artículo XX del GATT de 1994, por cuanto ninguna disposición de dicho acuerdo puede ser interpretada en el sentido de impedir que un país adopte o aplique medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. Por consiguiente, los países pueden invocar el principio de precaución al momento de determinar este nivel de protección el cual, en virtud del citado principio, podría ser mayor al fijado por la normativa internacional, de conformidad al párrafo 6 del Preámbulo y el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF.

A pesar de que en los casos examinados ningún Grupo Especial ni el Órgano de Apelación se pronunció acerca de la condición jurídica del principio de precaución, aduciendo que su naturaleza jurídica sigue sin determinarse, estos dan cuenta de un desarrollo jurisprudencial de dicho principio dentro de los límites del Acuerdo MSF. Si bien es cierto que este desarrollo jurisprudencial no refleja todos los componentes teóricos del citado principio y lo circunscribe solo al citado acuerdo, sí permite debatir acerca de los alcances y consecuencias de las medidas adoptadas en virtud de este principio.

5.2. El principio de precaución fuera de los límites del Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

El principio de precaución en el sistema de solución de diferencias de la OMC, de acuerdo a la jurisprudencia analizada, se encuentra hoy en día circunscrito al Acuerdo MSF, específicamente, al párrafo 6 del Preámbulo, el párrafo 3 del artículo 3 y el párrafo 7 del artículo 5 de dicho acuerdo, surgiendo la pregunta de cómo podría el principio de precaución ampliar su ámbito de aplicación y que los acuerdos de la OMC se interpreten a la luz de éste principio.

Al respecto, en consideración a lo dispuesto en el párrafo 3 letra c) del artículo 31 de la Convención de Viena, en el caso productos biotecnológicos, el Grupo

Especial planteó que dicha disposición al referirse a “toda norma pertinente de derecho internacional”, abarcaría todas las fuentes del derecho internacional público generalmente aceptadas, esto es, los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho reconocidos. En razón de lo anterior, procedió al analizar la aplicación del Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología, determinando que no era pertinente para interpretar los acuerdos de la OMC, toda vez que dicho protocolo no estaba en vigor entre los países reclamantes, por lo que no era aplicable en las relaciones entre estos miembros de la OMC y todos los demás miembros de la OMC. Lo descrito da lugar a plantearse qué decisión se hubiera adoptado en el caso de que el citado protocolo estuviere plenamente vigente respecto de todas las partes involucradas en la diferencia y, en consecuencia, se hubiere tenido en consideración el principio de precaución reconocido en este instrumento internacional. Incluso, ante un eventual conflicto normativo, podría pensarse que en virtud de la *lex specialis*, éste podría resolverse a favor del citado Protocolo²⁷⁵.

Así como los acuerdos de la OMC pueden ser interpretados a la luz de los convenios internacionales, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD en relación con el párrafo 3 letra c) del artículo 31 de la citada Convención Viena, jurisprudencialmente se ha entendido que de igual modo

²⁷⁵ SINDICO, FRANCESCO. La Prohibición del Comercio Internacional en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología: ¿un desafío a la Organización Mundial del Comercio? Op. Cit.

serían aplicables los principios generales de derecho internacional, al tratarse de una fuente de derecho internacional, según se dejó en claro en el Informe del Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos- Camarones. En consecuencia, de considerarse el principio de precaución un principio general de derecho internacional, los acuerdos de la OMC deberían ser interpretados bajo el prisma del citado principio, circunstancia que hasta el momento no se ha producido debido a la falta de acuerdo sobre la condición jurídica del mismo, lo que ha quedado de manifiesto igualmente en los informes de los casos examinados.

Asimismo, se ha discutido que este principio sea un principio consuetudinario de derecho internacional, para lo cual debieran reunirse dos elementos acumulativos: el elemento material, esto es, la utilización repetida y uniforme por parte de los sujetos de derecho internacional; y, el elemento subjetivo, en el sentido que los sujetos de derecho internacional tengan la convicción de que se trata de una práctica que los obliga jurídicamente²⁷⁶. La falta de pronunciamiento al respecto en la jurisprudencia emanada del sistema de diferencias de la OMC dificulta inclinar la balanza hacia la posición que lo sitúa como principio consuetudinario de derecho internacional, a pesar de que existen quienes sostienen su amplio reconocimiento en el derecho medioambiental internacional,

²⁷⁶ OANTA, GABRIELA. El Alcance del Principio de Precaución en el Marco de la Organización Mundial del Comercio. Op. Cit. p. 699.

materia en la que no se profundizará porque escapa del objeto del presente estudio.

Respecto al reconocimiento del principio de precaución en el derecho medioambiental internacional, algunos autores han planteado la necesidad de mitigar de alguna forma las diferencias entre los acuerdos ambientales multilaterales y los acuerdos comerciales de la OMC, proponiendo para el futuro alternativas, tales como, exenciones transitorias, declaración interpretativa o enmienda del GATT; en caso de enmienda, introducirse por ejemplo una cláusula relativa a la sostenibilidad que estableciera principios acordados de política ambiental, dentro de los que se encuentra el mencionado principio, para juzgar las medidas comerciales²⁷⁷.

No obstante las diversas opciones que se puedan presentar en lo concerniente al principio de precaución para que sea tomado en cuenta a la hora de interpretar los acuerdos de la OMC, lo cierto es que la jurisprudencia analizada ha reconocido hasta el momento que este principio se encuentra contenido en el párrafo 6 del Preámbulo, el párrafo 3 del artículo 3 y el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, esperando que en los futuros conflictos de que conozca el sistema de solución de diferencias de la OMC, algún Grupo Especial u Órgano de Apelación siga aportando nuevas luces acerca de este principio.

²⁷⁷ COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Op. Cit. p. 468.

5.3. El principio de precaución en el marco de la gestión del riesgo

La inclusión del principio de precaución en el diseño de políticas públicas orientadas a la gestión de los riesgos que han surgido producto del desarrollo industrial y tecnológico, a fin de disminuir sus posibles efectos nocivos para la salud pública y el medio ambiente, ha sido centro de discusión en el ámbito del comercio internacional, dado que la utilización de este principio no se ajusta con el objetivo de los acuerdos abarcados en el seno de la OMC que promueven y resguardan la liberalización del comercio internacional. Esta discusión ha dado lugar a posturas que miran con desconfianza el principio de precaución y argumentan que la adopción de medidas en razón de su aplicación podría envolver restricciones encubiertas al comercio, para ocultar un interés proteccionista e incluso, discriminaciones arbitrarias o injustificables.

La jurisprudencia analizada, además de reflejar la gradual aceptación del principio de precaución en el sistema de diferencias de la OMC, delimita la aplicación de toda medida sanitaria o fitosanitaria implementada en virtud de dicho principio y que afecte al comercio internacional, estableciendo la presencia de una serie de elementos para su adopción y mantención en el tiempo, todos los cuales deben concurrir para estimar que la medida en cuestión se encuentra permitida a luz de los acuerdos de la OMC. La delimitación que la jurisprudencia ha efectuado del principio de precaución debiera contribuir a disipar los temores

que existen en relación a que su aplicación envolvería restricciones encubiertas al comercio.

La letra b) del artículo XX del GATT de 1994 admite que los gobiernos adopten medidas que afecten al comercio internacional con el fin de proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, siempre que estas no constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable o una restricción encubierta al comercio. Las directrices que deben tener en cuenta los países miembros para formular y aplicar estas medidas sanitarias o fitosanitarias, se encuentran establecidas en el Acuerdo MSF, texto que incorpora el principio de precaución en el párrafo 7 del artículo 5, de conformidad a la jurisprudencia examinada.

En razón del artículo 5 del Acuerdo MSF todas las medidas sanitarias o fitosanitarias que adopten los países miembros deben basarse en una evaluación de los riesgos²⁷⁸ existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales. Realizado este examen científico e identificados los riesgos como la probabilidad que se materialicen, en la medida que la información existente lo permita, el respectivo gobierno decidirá

²⁷⁸ El concepto "Evaluación del Riesgo" se encuentra definido en el anexo A del Acuerdo MSF como la "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 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 o los piensos.

si acepta dichos riesgos teniendo presente sus juicios sociales de valor²⁷⁹. Esta decisión implica la determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria²⁸⁰ que se procura lograr con la aplicación de la medida, formando parte de la gestión del riesgo. Al respecto, cabe mencionar que si bien es cierto que el Informe del Órgano de Apelación en el caso Hormonas²⁸¹ manifestó que la expresión “gestión de riesgos” acuñada por el Grupo Especial no se basaba en ningún texto al no encontrarse dicho término en el Acuerdo MSF, es claro que si se manifiesta en otras expresiones del mismo instrumento, tales como la utilizada en el párrafo 3 del artículo 5 al indicar “...la medida que habrá de aplicarse para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria...” y en el párrafo 3 del artículo 3 del citado acuerdo, al señalar que “Los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes...”.

La evaluación de los riesgos, que comprende tanto la identificación del peligro como la probabilidad que éstos se concreten, es una herramienta esencial en la gestión de los mismos, toda vez que en base al resultado de este examen cada

²⁷⁹ Informe del Grupo Especial. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Op. Cit. Párrafo (8.160).

²⁸⁰ El “Nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria”, igualmente se encuentra definido en el anexo A del Acuerdo MSF, como aquel “Nivel 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 sus territorios” Seguidamente de ésta última definición, el texto hace notar que muchos miembros aluden a este concepto mediante la expresión “nivel de riesgo aceptable”.

²⁸¹ Informe del Órgano de Apelación. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Op. Cit. Párrafo (181)

país juzgará el nivel de riesgo aceptable para la sociedad y por ende, si acepta o no los peligros identificados, consideración que envuelve una responsabilidad política²⁸². Este procedimiento de toma de decisión puede concluir optando por no adoptar ninguna medida o en caso contrario, optar por la acción, existiendo “una amplia gama de iniciativas posible, que van desde una medida jurídicamente vinculante hasta un proyecto de investigación o una recomendación”²⁸³.

Efectuada la evaluación de los riesgos y habiéndose decidido actuar, las iniciativas que se pretendan emprender pueden fundarse en alguno de los principios rectores de la legislación ambiental tales como el principio de prevención, que hace frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan²⁸⁴. De acuerdo a lo esbozado en el primer capítulo, el citado principio procede en aquellas situaciones en las cuales los riesgos que amenazan la salud de la población y el medioambiente son conocidos, a diferencia del principio de precaución que supone el tránsito desde el modelo de previsión, donde existe conocimiento del riesgo y de los nexos causales, al de la incertidumbre del riesgo²⁸⁵.

²⁸² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Op. Cit. p.4

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ COONEY, ROSIE. El Principio de Precaución en la Conservación de la Biodiversidad y la Gestión de los Recursos Naturales. Op. Cit. p. 7.

²⁸⁵ ROMEO Casabona, Carlos María. Salud Humana, biotecnología y principio de precaución. Consejo General del Poder Judicial. El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español. Op. Cit. p. 223.

Las constataciones derivadas de una evaluación de los riesgos dependerán de la forma en que se asuma este examen, es decir, las variables y los procedimientos que se utilicen. En este sentido, el Acuerdo MSF desempeña un rol uniformador al establecer en el párrafo 2 del artículo 5 que los países miembros de la OMC deberán tener en cuenta al momento de evaluar los riesgos, “los testimonios científicos existentes; los procesos y métodos de producción pertinentes; los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba; la prevalencia de enfermedades o plagas concretas; la existencia de zonas libres de plagas o enfermedades; las condiciones ecológicas y ambientales pertinentes; y los regímenes de cuarentena y otros”²⁸⁶.

La jurisprudencia emanada del sistema de diferencias de la OMC ha manifestado en relación a la evaluación de riesgos que exige el Acuerdo MSF, que ésta comprende tanto datos científicos cuantitativos como aquellos no cuantificables de naturaleza factual o cualitativa²⁸⁷. Del mismo modo, ha señalado que el artículo 5 del citado acuerdo no exige que tal evaluación de riesgo deba forzosamente recoger la opinión de una mayoría de la comunidad científica, puesto que la discrepancias de opiniones sostenidas por científicos calificados, puede indicar un estado de incertidumbre científica²⁸⁸. En consecuencia, dicha evaluación no necesariamente debe llegar a una conclusión

²⁸⁶ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Op. Cit.

²⁸⁷ Informe del Órgano de Apelación. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Op. Cit. Párrafo (187).

²⁸⁸ Informe del Órgano de Apelación. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Op. Cit. Párrafo (194).

monolítica que coincida con la conclusión o la opinión científica implícita en la medida sanitaria o fitosanitaria pertinente²⁸⁹.

La obligación de realizar una evaluación de riesgos previa adopción de una medida sanitaria o fitosanitaria que afecte el comercio internacional, exigida en el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF sirve de suficiente directriz interpretativa de los restantes párrafos de dicha disposición, entre los que se encuentra el párrafo 7, el cual incorpora el principio de precaución de conformidad a la jurisprudencia analizada. En efecto, el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF permite a los países la adopción provisional y mantenimiento de medidas sanitarias o fitosanitarias²⁹⁰ que involucren restricciones al comercio, siempre – que concurren acumulativamente²⁹¹ los cuatro elementos identificados por el Grupo Especial y confirmados por el Órgano de Apelación en el caso Productos Agrícolas²⁹².

Ya hemos dicho que en lo concerniente al primer elemento enunciado, la jurisprudencia ha entendido que los “testimonios científicos pertinentes” serán “insuficientes” si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ Los primeros dos elementos contenidos en la primera frase del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, se refieren a la adopción de medidas y los restantes a su mantenimiento.

²⁹¹ Informe del Órgano de Apelación. Japón- Medidas que afectan a los productos agrícolas. WT/DS76/AB/R. Op. Cit.

²⁹² Los cuatro elementos del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF que identificó el Grupo Especial en el caso Productos Agrícolas se encuentran enunciados en las páginas 142 -143.

riesgos, según requiere el párrafo 1 del artículo 5 y el numeral 4 del Anexo A del Acuerdo MSF, es decir, si son insuficientes para que pueda evaluarse la probabilidad de entrada, radicación o propagación plagas o enfermedades en el territorio de miembro importador²⁹³. En cuanto al segundo elemento, se ha estimado que la evaluación de la insuficiencia de los testimonios científicos pertinentes debe realizarse en el momento que se adoptó una medida provisional²⁹⁴, debiendo mencionarse el grado de precisión o nivel de confianza, con el que los riesgos se han evaluado.

De las consideraciones expuestas se desprende que la realización de una evaluación de riesgos no solamente puede conducir a la identificación de aquellos riesgos que amenazan a la salud de las personas, de los animales o a la preservación de los vegetales, sino que a través de este examen se puede constatar además, la insuficiencia de testimonios científicos relativos al riesgo en cuestión o que existiendo en una cantidad superior a mínima, no dan lugar a resultados fiables o concluyentes, circunstancias que imposibilitarían un adecuado examen, conclusión que entraña en sí misma una posibilidad de riesgo no ponderable.

²⁹³ Informe del Órgano de Apelación. Japón- Medidas que afectan a la Importación de Manzanas. WT/DS245/AB/R. Op. Cit.

²⁹⁴ Informe del Grupo Especial. Comunidades Europeas- Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos. Op. Cit. Párrafo 7.67

Efectuada la evaluación e identificados los posibles riesgos corresponde asumir la gestión de éstos por parte de cada país miembro mediante la toma de una decisión política que determine la medida que habrá de aplicarse para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo presente los siguientes factores económicos enunciados en el párrafo 3 del artículo 5 del Acuerdo MSF²⁹⁵: “el posible perjuicio por pérdida de producción o de ventas en caso de entradas, radicación o propagación de una plaga o enfermedad; los costos de control o erradicación en el territorio del Miembro importador; y la relación costo-eficacia de otros posibles métodos para limitar los riesgos”²⁹⁶.

Si bien el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria es una decisión que debe determinar cada país según sus propios juicios de valor social, el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF establece que al efectuarse dicha determinación deben evitarse distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que considere adecuado en diferentes situaciones acorde con lo dispuesto en el encabezado del artículo XX del GATT de 1994. Al respecto, como se indicó más arriba, la jurisprudencia examinada plantea que para concluir que una medida adoptada por un país miembro no se encuentra conforme a dicho párrafo, deben considerarse los siguientes tres elementos²⁹⁷: i) que el país miembro adopte niveles adecuados distintos de protección en “diferentes

²⁹⁵ Informe del Grupo Especial. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Op. Cit. Párrafo (8.106).

²⁹⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Op. Cit.

²⁹⁷ Informe del Grupo Especial. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. Op. Cit. Párrafo (8.174)

situaciones”; ii) que las distinciones en los niveles de protección en diferentes situaciones sean “arbitrarias e injustificables”; y, iii) que las distinciones tengan por resultado “una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional”. En consecuencia, presentándose estos elementos en la determinación de un nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, la medida adoptada para lograr dicho nivel sería contraria a las disposiciones del Acuerdo MSF.

Una vez que se ha constatado que no se puede realizar una evaluación adecuada de los riesgos por la insuficiencia de testimonios científicos, su carácter concluyente o poco fiable, y habiéndose determinado que el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria que desea lograr no permite aceptar la probabilidad del riesgo examinado, el país puede optar por implementar una medida invocando el principio de precaución, la cual puede abarcar desde “actos finales destinados a producir efectos jurídicos que pueden ser objeto de un control jurisdiccional”²⁹⁸, el financiamiento de algún programa de investigación o informar a la opinión pública los efectos potencialmente peligrosos de un producto o de un método²⁹⁹.

²⁹⁸ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Op. Cit.

²⁹⁹ Ibidem.

El principio de precaución forma parte de la gestión de riesgos y en tal calidad es imprescindible su inclusión al momento de diseñar políticas públicas orientadas a la protección de la salud de las personas y de los animales y la preservación del medioambiente. Su implementación exige una evaluación previa de los posibles riesgos, por lo que el proceso de gestación de una medida que invoca este principio involucra tanto actores públicos como privados, tanto perspectivas políticas como científicas, bajo un enfoque anticipativo, lo cual apacigua en cierto modo los efectos perniciosos que genera las visiones que pretenden beneficios de corto plazo.

RESUMEN Y CONCLUSIONES

La Organización Mundial de Comercio está constituida por acuerdos que regulan el desarrollo de la actividad comercial practicada entre los países miembros. Estos instrumentos contienen normas jurídicas fundamentales del comercio internacional que se enfocan primordialmente a propender a la libertad de comercialización de bienes y servicios y a la no-discriminación.

Esta libertad de comercialización conjuntamente con el avance abismante de la tecnología y la globalización han dado paso a una serie de externalidades negativas tanto para la protección de la salud de los ciudadanos como para la preservación de la naturaleza, puesto que estimula el ingreso de nuevos bienes al mercado que supuestamente son fruto del conocimiento científico sin que se tenga claro el impacto de su utilización o consumo, pero el costo de un riguroso examen es incompatible con las ansias de obtener un beneficio monetario en el corto plazo. La circunstancia descrita ha llevado a los países miembros de la Organización Mundial de Comercio a tomar conciencia del nivel de protección para la salud humana y la preservación del medio ambiente que desean como sociedad y, al mismo tiempo, ha implicado el surgimiento de conflictos entre ellos, puesto que en pos de salvaguardar dicho nivel de protección han recurrido a medidas comerciales para impedir o restringir la entrada de un determinado

producto aduciendo que la comercialización de éste podría provocar un problema sanitario y/o fitosanitario.

La pertinencia de tal tipo de medidas se encuentra recogida específicamente la letra b) del artículo XX del GATT de 1994 al disponer que ninguna disposición de dicho instrumento jurídico será interpretada en el sentido de impedir que los países miembros adopten medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. Las directrices para implementar dichas medidas se encuentran en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, las que de no seguirse importarían la vulneración de las normas de dicho Acuerdo por el respectivo país. En este contexto, resulta interesante el examen del principio de precaución a la luz de los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, puesto que al no encontrarse explícitamente señalados en éstos, se debe recurrir a la interpretación de los mismos en caso de conflicto, jugando un rol esencial el Sistema de Solución de Diferencias en el esclarecimiento del sentido y alcance de dicha normativa.

El Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio ejerce una verdadera jurisdicción internacional de competencia especializada³⁰⁰ que vela por el respeto de los principios que inspiran su creación

³⁰⁰SOREL, JEAN MARC. Resolución de Litigios en la OMC. p. 21. Op. Cit. p. 89.

y el cumplimiento de los Acuerdos adoptados por los países miembros, que en definitiva son normas jurídicas que regulan el comercio internacional. Desde dicha perspectiva adquiere relevancia jurídica el contenido de los informes emitidos por los Grupos Especiales como los del Órgano de Apelación, a través de los cuales se resuelve una controversia sometida a conocimiento del Sistema de Solución de Diferencias. Estos desarrollan en sus considerandos el razonamiento que fundamenta su decisión respecto de una determinada materia, que en el caso de esta investigación es el grado de aceptación del principio de precaución como medio de justificación de medidas comerciales restrictivas o prohibitivas adoptadas por un país miembro.

Para entender adecuadamente el razonamiento desplegado tanto por los Grupos Especiales como por el Órgano de Apelación en los cuatro casos analizados, en el primer capítulo se procedió a explicar el surgimiento del principio de precaución en la legislación internacional, cuyas raíces se encuentran en la legislación ambiental alemana de fines de la década de los sesenta, ramificándose posteriormente a otros instrumentos internacionales, tales como la Declaración de Río, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, entre otros. Si bien no se logró vislumbrar la existencia de una definición generalmente aceptada en la legislación como en textos académicos, sí se identificaron tres elementos recurrentes al momento de la invocación de este principio, estos son,

falta de certeza científica; peligro de daño grave e irreversible y reversión de la carga de la prueba. El primero de los citados elementos permite dilucidar la diferencia entre el principio de prevención y el de precaución, procediendo el primero en aquellas situaciones en que el riesgo que amenaza a la población o al medioambiente es conocido en contraste con el segundo, que opera en una situación de incertidumbre científica.

Seguidamente, se examinaron las posturas que posee la Unión Europea y los Estados Unidos en relación al principio de precaución, estimándose que el ordenamiento jurídico de la primera contiene un reconocimiento explícito de este principio así como también directrices para su invocación, según da cuenta la Comunicación sobre el recurso al principio de precaución del año 2000, circunstancia que da garantías que no se recurra injustificada o arbitrariamente a este principio. En contraste, los Estados Unidos reconocen la existencia de un enfoque o criterio precautorio pero no de un principio de precaución, postura que les permitiría una mayor flexibilidad en el despliegue de una argumentación jurídica puesto que en el sistema anglo americano la función de los principios se concentra en llenar vacíos legales³⁰¹. Durante esta investigación se encontró abundante material respecto de la perspectiva de la Unión Europea respecto del principio de precaución y no así de Estados Unidos, por lo que con la información disponible se puede preliminarmente concluir a juicio de esta autora, que el

³⁰¹ EGGERS, BARBARA. The Precautionary Principle in WTO Law. Universität Hamburg. 2001. p.64. Op. Cit. p. 18.

escepticismo que denota la postura de Estados Unidos en pos de salvaguar la libertad de comercialización y evitar que intereses proteccionistas interfieran con dicha libertad, pareciera poco congruente con el hecho de reconocer un criterio precautorio, enfoque que no entrega directrices interpretativas claras al momento de resolver un conflicto como si sería en el caso de reconocerse el principio de precaución.

Posteriormente, se analizaron los informes emitidos por los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en cuatro controversias sometidas al Sistema de Solución de Diferencias, los que a través de una construcción interpretativa de las normas jurídicas que regulan el comercio internacional entre los países miembros dieron cuenta de un paulatino reconocimiento del principio de precaución.

En efecto, de la jurisprudencia revisada se desprende que en lo concerniente a los Acuerdos adoptados en la Organización Mundial de Comercio, el principio de precaución se encuentra recogido en el párrafo 6 del Preámbulo del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias como asimismo en el párrafo 3 del artículo 3 y el párrafo 7 del artículo 5 del mismo acuerdo, observándose en los informes examinados un desarrollo argumentativo mayor de ésta última disposición que la elaborada respecto de las restantes. En virtud de este examen, se puede señalar en definitiva que si un país miembro pretende

acogerse a la excepción contenida en la letra b) del artículo XX del GATT de 1994 e implementar una medida necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar la naturaleza que, a su vez, importe una prohibición o restricción al comercio internacional, deberá precaver que la medida respectiva se ajuste a las directrices contenidas en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, a fin de no incurrir en un incumplimiento de las estipulaciones de dichos instrumentos internacionales. Para ello, el país tiene la obligación de realizar una evaluación de los riesgos que se pretenden mitigar, conforme lo dispone el artículo 5 del citado acuerdo, asegurándose que dicha medida esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, salvo que se presente la exención cualificada contenida en el párrafo 7 de la misma disposición, que recoge el principio de precaución.

Para acogerse a esta exención necesariamente deben concurrir los siguientes cuatro requisitos acumulativos: 1) la medida debe ser adoptada respecto a una situación en la que los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, entendiéndose que se cumple tal exigencia si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite en términos cuantitativos o cualitativos efectuar una evaluación adecuada de los riesgos, en la forma requerida por el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, por lo que no incluye aquellas situaciones en los que habiéndose

efectuado una evaluación del riesgo el resultado de dicho examen no es concluyente, desconociéndose el grado de probabilidad de impacto del peligro evaluado; 2) la medida se debe adoptar sobre la base de la información pertinente de que se disponga al momento de implementarse, la cual puede comprender testimonios científicos que pueden ir en la misma dirección o diferir entre ellos; 3) una vez implementada la medida, se debe tratar de obtener información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo; y, 4) revisar la medida adoptada en un plazo razonable.

En lo concerniente a la invocación del principio de precaución en razón del párrafo 6 del Preámbulo y el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, de la jurisprudencia revisada se infiere que un país miembro puede fijar un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado o más cauto que el señalado en normas, directrices y recomendaciones internacionales, debiendo ajustar su actuación a las exigencias establecidas en el citado acuerdo, esto es, basarse en un examen y evaluación de la información disponible.

Resulta interesante destacar que del examen de los informes de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en los casos aquí tratados, todos los acuerdos adoptados en el seno de la Organización Mundial de Comercio pueden ser interpretados a la luz de las normas usuales de interpretación del derecho

público, de conformidad a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, por lo que debe considerarse el principio en estudio como norma consuetudinaria de Derecho Internacional Público, cuestión sobre la que dichos informes no se pronunciaron, éste podría servir para aclarar el sentido y alcance de las disposiciones del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. No obstante, se debe tener presente que tal criterio no elude el cumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 5 del señalado acuerdo, cuyo párrafo 7 recoge el principio de precaución. Del mismo modo, en virtud del mencionado párrafo 2 del artículo 3 del Entendimiento en relación con el párrafo 3 letra c) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, las disposiciones contenidas en los acuerdos adoptados en el seno de la Organización Mundial de Comercio pueden ser interpretados teniendo en cuenta los convenios internacionales celebrados entre los países miembros, por lo que el principio de precaución puede ser invocado si se encuentra reconocido en un tratado internacional vigente entre las partes de una diferencia, tales como los Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente.

Por último, si bien los objetivos del GATT de 1994 pueden ser afectados justificadamente e invocando el principio de precaución por los países miembros al adoptar una medida que restrinja o prohíba la libertad de comercialización de un determinado producto para mantener o lograr un nivel adecuado de

protección, según se ha expuesto, es del todo útil señalar que la decisión de actuar o no frente a un riesgo es una cuestión de índole política que debe emanar de una entidad democrática y que se efectúa en el marco de la gestión de riesgos, puesto que el nivel de protección sanitaria y/o fitosanitaria a que aspira un país se corresponde con los valores que posea la sociedad que alberga, decisión que conlleva claramente una responsabilidad política.

BIBLIOGRAFÍA

A. Fuentes Bibliográficas

1. BECK, ULRICH. La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad. Editorial Paidós. 3° edición, junio 2010. Barcelona, España.
2. CASCADO TRINDADE, ANTÔNIO. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2001.
3. COMMON, MICHAEL y STAGL, SIGRID. Introducción a la Economía Ecológica. Editorial Reverté. Barcelona, España. 2008.
4. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. El principio de precaución y su proyección en el Derecho administrativo español. Manuales de Formación Continuada 26. Madrid, 2004. Ed. Centro de Documentación Judicial.
5. CONSUMERS INTERNATIONAL. Los Consumidores y la Organización Mundial de Comercio. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Santiago. Chile. 1996.
6. DONOSO, DANTE. N° 1 Serie: Negociaciones comerciales e implicancias para las personas. ¿Globalización mercantil o para el desarrollo? ¿Tratados de libre comercio o de integración? Ediciones Foro Social Mundial Oxfam. Chile. 2003.

7. ESPINOZA, JUAN. GUILLERMO “De Doha a México” La actual ronda de negociaciones multilaterales y la participación de los países de América Latina y el Caribe en este debate. Editado por la Academia Diplomática Andrés Bello. Chile. 2003.
8. GEORGE, SUSAN. Ofensiva estadounidense sobre los organismos genéticamente modificados. Selección de artículos de Le Monde Diplomatique. Organismos Genéticamente Modificados. Transgénicos ¿Progreso o peligro? Selección de artículos. Editorial Aún Creemos en los Sueños. Santiago, Chile. 2003.
9. LE MONDE DIPLOMATIQUE. Alimentación, semillas, patente. Agrobiodiversidad. Derecho de propiedad intelectual sobre lo vivo y el mejoramiento de especies agrícolas. Editorial Aún Creemos en los Sueños. Santiago, Chile. 2011.
10. SAMUELSON A., PAUL y WILLIAM D., NORDHAUS. Economía. Duodécima Edición. McGraw-Hill, Inc. USA. Edición exclusiva para Ediciones La Colina S.A. España. 1986.
11. SORENSEN, MAX. Manual de Derecho Internacional Público. Editorial Fondo de Cultura Económica. Undécima reimpresión. México. 2010.
12. SOREL, JEAN MARC. Resolución de Litigios en la OMC. Cuadernos de la Escuela de Posgrado Ciudad Argentina. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires- Madrid. 2004.

13. SAEZ, SEBASTIÁN. Estrategia y negociación en el sistema multilateral de comercio. Economía Internacional aplicada. Dolmen Ediciones S.A. Santiago. Chile. 1999.

B. Fuentes Virtuales

1. AGUILAR, SUSANA Y JORDAN ANDREW J. Principio de precaución, políticas públicas y riesgo. Revista Política y Sociedad, 2003. Volumen 40, N° 3, páginas 61-79. [en línea] <http://www.ucm.es/info/socio1/textos/SAguilar_5.doc> [consulta 5 agosto de 2009]
2. ARTIGAS, CARMEN. El principio precautorio en el derecho y la política internacional. Cepal. División de Recursos Naturales e Infraestructura. Serie 22. Santiago de Chile, mayo 2001. [en línea] < <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/7030/LCL1535-P-E.pdf>> [consulta 2 de julio de 2011]
3. BOLETÍN DE UNU. Definir el “principio de precaución” para evitar conflictos en el área de la biotecnología-informe. N° 44. Diciembre 2006- Febrero 2007. [en línea] <http://update.unu.edu/esp/archive/issue44_4-htm> [consulta 13 de febrero de 2011]
4. CHEYNE, ILONA. The Precautionary Principle in EC and WTO Law: Searching for a Common Understanding. [en línea] <<http://www.environmental-expert.com/articles/the-precautionary-principle-in-ec-and-wto-law-searching-for-a-common-understanding-15957>> [consulta 25 de noviembre de 2009]
5. COONEY, ROSIE. El Principio de Precaución en la Conservación de la Biodiversidad y la Gestión de los Recurso Naturales. Organizaciones: Unión

Mundial para la Naturaleza, Fauna & Flora International, Traffic y Resources Africa. Noviembre 2004. [en línea] <<http://www.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/PGC-002.pdf>> [consulta 12 de junio de 2011]

6. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución. Bruselas, 01.02.2000, COM (2000)1. [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2000&nu_doc=1> [consulta 17 de marzo de 2010]
7. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Blanco sobre la Seguridad Alimentaria. Bruselas, 12.01.2000, COM (1999) 719 final. [en línea] <http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub06_es.pdf> [consulta 21 de septiembre de 2012]
8. COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO DE NACIONES UNIDAS. Informe Brundtland. [en línea] <www.iesalandalus.org/igualdad/.../INFORME_BRUNDTLAND.doc> [consulta 30 de agosto de 2008]
9. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 96/22/CE de 29 de abril de 1996 por la que se prohíbe utilizar determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático y sustancias B-agonistas en a cría de ganado y por la que se derogan las Directivas 81/602/CEE, 88/146/CEE y 88/299/CEE. [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1996L0022:20081218:ES:PDF> [consulta 6 de febrero de 2015]
10. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Informe del Comité de Representantes al Consejo. Bruselas, 26 de marzo de 1999 (08.04) (OR. EN). 7026/99. [en

línea] <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/99/st07/st07026.es99.pdf>>
[consulta 12 de enero de 2013]

11. CONVENIO DE VIENA PARA LA PROTECCIÓN DE LA CAPA DE OZONO.
[en línea] <http://montreal-protocol.org/new_site/sp/Treaties/treaties_decisions-hb.php?nav_id=2082> [consulta 12 de enero 2013]

12. COZAR ESCALANTE, JOSE. Principio de Precaución y Medio Ambiente.
Rev. Esp. Salud Pública. Vol. N° 2, 2005. [en línea]
<http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200003&lng=es&nrm=iso> [consulta 2 de mayo de 2012]

13. DELPIANO LIRA, CRISTIAN. El Mecanismo de Solución de Diferencias de la
OMC. Un Elemento de Seguridad y Previsibilidad en el Sistema Multilateral
de Comercio. [en línea] <<http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v18n1/art09.pdf>>
[consulta 15 de diciembre de 2015]

14. DOUMA, WYBE TH. The Precautionary Principle. T.M.C. Asser Institute. The
Hague. Netherlands. [en línea]. <<http://www.asser.nl/default.aspx?siteid=7&level1=12221&level2=12249&level3=12394&textid=32498>> [consulta 13
de junio de 2010]

15. EGGERS, BARBARA. The Precautionary Principle in WTO Law. Dissertation
zur Erlangung des Doktogrades des Fachbereichs Rechtswissenschaft der
Universität Hamburg. 2001. [en línea] <<http://d-nb.info/962930709/34>>
[consulta 27 de junio de 2011]

16. EUROPEAN COMMISSION. Comments from the European Commission Service to the Codex Secretariat. [en línea] <http://ec.europa.eu/food/fs/ifs/eupositions/ccgp/archives/ccgp01_en.html> [consulta 17 de abril de 2013]
17. HIDALGO MOYA, JUAN RAMÓN. Revisión del Principio de Precaución. Diario Eroski Consumer.[en línea] <http://www.consumer.es/seguridad_alimentaria/normativalegal/2005/12/05/21469.php> [consulta 3 de febrero de 2011]
18. JIMENEZ DE PARGA Y MASEDA, PATRICIA. Análisis del principio de precaución en Derecho Internacional Público: perspectiva universal y perspectiva regional europea. [en línea]. <<http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO0303330007A>> [consulta 5 agosto de 2010]
19. JORDAN, ANDREW y O'RIORDAN, THIMOTHY. 3. The Precautionary Principle: a legal and policy history. En: WORLD HEALTH ORGANIZATION. The Precautionary Principle: protecting public health, the environment and the future or our children. Editado por Martuzzi, Marco y Tickner, Joel. Dinamarca. P. 37. http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0003/91173/E83079.pdf. [consulta 6 de julio de 2012]. p. 31-48.
20. LAPUENTE, GONZALO. Presupuestos Epistemológicos del Principio de Precaución. I Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación CTS+I. p.4. [en línea] <<http://www.oei.es/memoriasctsi/mesa8/m08p10.pdf>> [fecha de consulta 16 de junio de 2011]
21. NACIONES UNIDAS. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático [en línea] <<http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>> [consulta 6 de abril de 2012]

22. NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. [en línea]. <http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml> [consulta 13 de junio de 2011]
23. NACIONES UNIDAS. Convenio de la Diversidad Biológica. [en línea] <<http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>> [consulta 12 de enero 2013]
24. NACIONES UNIDAS. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica. [en línea] [http://www.cbd.int/doc/legal/ cartagena-protocol-es.pdf](http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-es.pdf) [consulta 2 de mayo de 2012]
25. NACIONES UNIDAS. Solución de Diferencias Organización del Comercio. 3.1. Presentación General. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo [en línea] <http://unctad.org/es/Docs/edmmisc232add11_sp.pdf> [consulta 2 de febrero de 2013]
26. NAVA ESCUDERO, CESAR. El Principio de Precaución en el Derecho Internacional Ambiental. Revista de Derecho Ambiental y Ecología, México, año 1, N° 2, agosto-septiembre de 2004. [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3013/7.pdf>> [consulta 23 de mayo de 2010]
27. OANTA, GABRIELA. El Alcance del Principio de Precaución en el Marco de la Organización Mundial del Comercio. [en línea] http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7470/1/AD_12_art_37.pdf [consulta 2 de febrero de 2012]. pp. 685-705.

28. ORDUZ, NATALIA y UPRIMNY, RODRIGO. El principio de precaución y la Amazonia. Documento de consultoría para el proyecto Amazonia posible y sostenible. [en línea] <http://www.cepal.org/colombia/noticias/paginas/6/44936/Principio_de_Precauci%C3%B3n.pdf> [consulta 2 de febrero de 2013]
29. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/06-gatt_s.htm> [consulta 17 de marzo de 2010]
30. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto.pdf> [consulta 17 de marzo de 2010]
31. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. [en línea] <https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/15-sps.pdf> [consulta 6 de febrero de 2015]
32. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Entender la OMC Información básica. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact3_s.htm> [consulta 17 de marzo de 2010]
33. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu.pdf> [consulta 2 de febrero de 2013]

34. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Entender la OMC: Los Acuerdos. Normas y seguridad. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/theWTo_s/whatis_s/tif_s/agrm4_s.htm> [consulta 6 de febrero de 2015]
35. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Módulo de Capacitación sobre el Acuerdo MSF: Capítulo 8. Cuestiones actuales. [en línea] <http://www.wto.org/spanish/trato_s/sps_agreement_cbt_s/c8s2p1_s.htm> [consulta 6 de febrero de 2015]
36. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS26. Comunidades Europeas-Medidas que afectan la carne y los productos cárnicos. [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds26_s.htm> [consulta 6 de febrero de 2015]
37. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS76. Japón- Productos agrícolas II. [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds76_s.htm> [consulta 6 de febrero de 2015]
38. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS245. Japón- Medidas que afectan a la importación de manzanas [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds245_s.htm> [consulta 6 de febrero de 2015]
39. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS291. Comunidades Europeas- Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds291_s.htm> [consulta 6 de febrero de 2015]

40. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS292.Comunidades Europeas- Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds291_s.htm> [consulta 20 de febrero de 2018]
41. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Solución de Diferencias: Diferencia DS292.Comunidades Europeas- Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos [en línea] <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds293_s.htm> [consulta 20 de febrero de 2018]
42. PARLAMENTO EUROPEO. Fichas técnicas. Fuentes y alcances del Derecho Comunitario. [en línea] <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/1_2_1_es.htm> [consulta 10 de abril de 2013]
43. PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento (CE) N° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. [en línea] <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:031:0001:0024:ES:PDF>> [consulta 12 de enero de 2013]
44. PEEL, JACQUELINE. Precaution- A matter of principle, approach or process? Melbourne Journal of International Law N° 483. 2004. [en línea] <https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0003/1681122/Peel.pdf> [consulta 9 de mayo de 2018]
45. POLLAN, MICHAEL. The Year in Ideas: A to Z.; Precautionary Principle. Magazine. The New York Times. [en línea] <<http://www.nytimes.com/>>

2001/12/09/magazine/the-year-in-ideas-a-to-z-precautionary-principle.html>
[consulta 12 de febrero de 2016]

46. PREVOST, DENISE. What Role for the Precautionary Principle in WTO Law after Japan-Apples? *Economic Policy and Law. Journal of Trade & Environment Studies*. Volumen 2 (4) June 2005. [en línea] <<http://ssrn.com/abstract=1260197>> [consulta 11 de abril de 2013]
47. RIECHMANN, JORGE. 1. Introducción al Principio de Precaución. Para el libro colectivo sobre prevención primaria del cáncer que coordina Juan Antonio Ortega García, vinculado con el curso “El cáncer: una enfermedad prevenible” Murcia, 8 al 29 de marzo de 2007 [en línea] <http://www.cima.org.es/archivos/Areas/salud_publica/12_saludpublica.pdf> [consulta 23 de febrero de 2012]
48. SECOND INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE PROTECTION OF THE NORTH SEA. London Declaration. 1987. [en línea] <www.vliz.be/imisdocs/publications/140155.pdf> [consulta 10 de febrero 2012]
49. SINDICO, FRANCESCO. La Prohibición del Comercio Internacional en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología: ¿un desafío a la Organización Mundial del Comercio? *Estudios Aduaneros. DGA Aduanas. Boletín N° 13*. [en línea] <http://www.portal.dga.gov.do/dgagov.net/uploads/file/estudios_aduaneros/boletin-estudios-aduaneros13.pdf> [consulta 10 de mayo de 2014]
50. THE CENTER ON CONGRESS AT INDIANA UNIVERSITY. Seguridad Alimentaria y la Cláusula Delaney. [en línea] <<http://congress.indiana.edu/es/la-cl%C3%A1usula-delaney>> [consulta 12 de enero de 2013]

51. THIRD INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE PROTECTION OF THE NORTH SEA. Hague Declaration. 1990. [en línea] <<http://www.seas-at-risk.org/images/1990%20Hague%20Declaration.pdf>> [consulta 10 de febrero 2012]
52. UNIÓN EUROPEA. Tratado de la Unión Europea. Versión consolidada. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:ES:PDF>> [consulta 2 de mayo de 2012]
53. UNU-IAS REPORT. Trading Precaution. The Precautionary Principle and the WTO. [en línea] <www.ias.unu.edu/.../Precautionary%20Principle%20and%20WTO.pdf> [consulta 6 de agosto de 2010]
54. WIENER, JONATHAN y ROGERS, MICHAEL. Comparing precaution in the United States and Europe. Journal of Risk Research 5 (4), 317-349. 2002. Carfax Publishing. Taylor & Francis Group. [en línea] <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1985&context=faculty_scholarship> [consulta 12 de enero de 2013]
55. WORLD COMMISSION ON THE ETHICS OF SCIENTIFIC KNOWLEDGE AND TECHNOLOGY (COMEST). The Precautionary Principle. Unesco, marzo 2005. p. 23 [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578e.pdf>> [consulta 16 de mayo de 2010]
56. WORLD HEALTH ORGANIZATION. The Precautionary Principle: protecting public health, the environment and the future of our children. Editado por Martuzzi, Marco y Tickner, Joel. Dinamarca. P. 31-48.

<http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0003/91173/E83079.pdf>
[consulta 6 de julio de 2012].

C. Sentencias Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

1. Sentencia de asunto C- 180/96 de 5 de mayo de 1998 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996CJ0180:ES:PDF>>
[consulta 2 de febrero de 2013]
2. Sentencia de asunto C- 157/96 de 5 de mayo de 1998 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996CJ0157:ES:HTML>> [consulta 2 de febrero de 2013]

D. Diferencias Organización Mundial de Comercio

I. Caso Hormonas:

1. Informe del Grupo Especial. EC-Hormonas. WT/DS26/R/USA. [en línea] [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds26/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds26/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) [consulta 3 de noviembre de 2011]
2. Informe del Órgano de Apelación. EC-Hormonas. WT/DS26/AB/R. [en línea] <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds26/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds26/ab/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)> [consulta 3 de noviembre de 2011]

II. Caso Productos Agrícolas:

1. Informe del Grupo Especial. Japón- Medidas que afectan a los productos agrícolas. WT/DS76/R. [en línea] <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds76/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds76/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)>[consulta 3 de noviembre de 2011]
2. Informe del Órgano de Apelación. Japón- Medidas que afectan a los productos agrícolas. WT/DS76/AB/R. [en línea] <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds76/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds76/ab/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)> [consulta 3 de noviembre de 2011]

III. Caso Manzanas:

1. Informe del Grupo Especial. Japón- Medidas que afectan a la Importación de Manzanas. WT/DS245/R [en línea] <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds245/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds245/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)> [consulta 3 de noviembre de 2011]
2. Informe del Órgano de Apelación. Japón- Medidas que afectan a la Importación de Manzanas. WT/DS245/AB/R [en línea] <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds245/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds245/ab/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)> [consulta 3 de noviembre de 2011]

IV. Caso Productos Biotecnológicos:

1. 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. [en línea] <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%20Symbol=%20wt/ds291/r*%20not%20rw*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%20Symbol=%20wt/ds291/r*%20not%20rw*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)> [consulta 3 de noviembre de 2011]