

Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

Bradly J. Condon

1. <i>Introducción</i>	1
2. <i>Alcance</i>	2
(a) Definición del término “medida sanitaria o fitosanitaria”	2
(b) Nivel adecuado de protección	6
3. <i>Relación con otros acuerdos</i>	8
4. <i>Derechos y obligaciones básicos (artículo 2)</i>	12
5. <i>Armonización con normas internacionales (artículo 3)</i>	18
6. <i>Evaluación adecuada de riesgo (artículo 5)</i>	22
(a) Regla general	22
(b) Factores que deben tenerse en cuenta.....	28
(c) Distinciones arbitrarias o injustificables.....	31
(d) Restricción del comercio mayor del requerido.....	42
(e) Medidas provisionales y el principio de cautela.....	46
7. <i>Adaptación a las condiciones regionales (artículo 6)</i>	50
8. <i>Equivalencia (artículo 4)</i>	50
9. <i>Transparencia (artículo 7)</i>	51
10. <i>Procedimientos de control, inspección y aprobación (artículo 8)</i>	52
11. <i>Asistencia técnica (artículo 9)</i>	54
12. <i>Trato especial y diferenciado (artículo 10)</i>	55
13. <i>Consultas y solución de diferencias (artículo 11)</i>	56
14. <i>Administración (artículo 12)</i>	58
15. <i>Aplicación y entidades no gubernamentales (artículo 13)</i>	58
16. <i>Resumen de puntos claves</i>	59

1. *Introducción*

El primer párrafo del preámbulo del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* (Acuerdo MSF) reafirma que no debe impedirse a ningún Miembro adoptar ni aplicar las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y los animales o para preservar los vegetales, a condición de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los Miembros donde prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional. Este lenguaje refleja el lenguaje del artículo XX (b) del GATT y establece el objetivo fundamental del Acuerdo MSF.

Los siguientes párrafos del preámbulo del Acuerdo MSF desarrollan su objeto y fin por medio de una lista de objetivos más detallados: (1) mejorar la salud de las personas y de

los animales y la situación fitosanitaria en el territorio de todos los Miembros; (2) establecer un marco multilateral de normas y disciplinas que sirvan de guía en la elaboración, adopción y observancia de las medidas sanitarias y fitosanitarias para reducir al mínimo sus efectos negativos en el comercio; (3) fomentar la utilización de medidas sanitarias y fitosanitarias armonizadas entre los Miembros sobre la base de normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas por las organizaciones internacionales competentes, sin 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 la preservación de los vegetales; y (4) elaborar normas para la aplicación de las disposiciones del GATT de 1994 relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las disposiciones del artículo XX(b)¹.

El preámbulo reconoce además que los países en desarrollo Miembros pueden tropezar con dificultades especiales para cumplir las medidas sanitarias o fitosanitarias de los Miembros importadores y, como consecuencia, para acceder a los mercados, así como para formular y aplicar medidas sanitarias o fitosanitarias en sus propios territorios. Este apartado además expresa el deseo de ayudarles en los esfuerzos que realicen en esta esfera.

2. Alcance

(a) Definición del término “medida sanitaria o fitosanitaria”

En virtud del artículo 1.1, el Acuerdo MSF es aplicable a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional, con inclusión de las medidas ya existentes antes del 1 de enero de 1995².

¹ En virtud de la nota al pie 1, la referencia al artículo XX(b) incluye su preámbulo.

² Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 128.

Tales medidas se elaborarán y aplicarán de conformidad con las disposiciones del Acuerdo. En el asunto *CE – Hormonas*, el Grupo Especial consideró que hay que establecer dos criterios para que una medida esté sujeta al Acuerdo MSF: (1) es una medida sanitaria o fitosanitaria y (2) afecta, directa o indirectamente, al comercio internacional³.

El Anexo A del Acuerdo MSF, lo cual también es pertinente para definir el alcance del Acuerdo OTC, define el término “medida sanitaria o fitosanitaria” como medidas:

- a) para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;
- b) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;
- c) para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; o
- d) para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas.

Las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes; y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos.

Es importante notar que esta definición se limita a las MSF para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales *en el territorio del Miembro*. Por lo tanto, excluye las medidas que tengan como propósito proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales *fuera del territorio del Miembro*. No obstante, las MSF pueden comprender procesos y métodos de producción y el transporte fuera del

³ Informe del Grupo Especial, *CE – Hormonas (Canadá)*, párrafo 8.39 e Informe del Grupo Especial, *CE – Hormonas (Estados Unidos)*, párrafo 8.36. Véase también los informes de los Grupos Especiales, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos y Australia – Manzanas*.

territorio del Miembro, siempre y cuando el fin sea la protección dentro de su territorio. De esta manera, el Acuerdo MSF resuelve una cuestión no resuelta en el artículo XX(b) del GATT: si existe un límite jurisdiccional sobre el alcance de las medidas que pueden justificarse en esta excepción⁴.

En el asunto *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Grupo Especial explicó que para determinar si una medida es una MSF deben tenerse en cuenta elementos como la finalidad de la medida, su forma jurídica y su naturaleza. El Grupo Especial constató que una de las medidas en litigio, una moratoria, no tenía la “naturaleza” de una medida sanitaria o fitosanitaria, porque no establecía prescripciones ni procedimientos y, por tanto, no cumplía con la definición del párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF⁵. En el asunto *Australia – Manzanas*, el Grupo Especial interpretó la frase “todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes”, prevista en la segunda parte del párrafo 1 del Anexo A, como una lista de cinco conceptos⁶. Por tanto, discrepó de la interpretación del Grupo Especial en el asunto *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, según la cual los ejemplos que siguen a esta lista en el párrafo 1 del Anexo A se referirían sólo a los dos últimos conceptos de la lista (“prescripciones y procedimientos”)⁷. El Grupo Especial en *Estados Unidos – Aves de corral (China)* tampoco estuvo de acuerdo con el análisis del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*. No consideró que el examen para determinar si una medida es una MSF tenga que ser una prueba rígida de tres partes, sino que entrañará un examen holístico de la medida, que

⁴ Véase Condon, Bradley J., “Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, No. 4, 2009, pp. 895-926..

⁵ Informe del Grupo Especial, *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1334.

⁶ Informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, párrafos 7.143—7.153.

⁷ *Ibidem*, párrafo 7.150.

incluirá tanto su forma como su naturaleza⁸. Por tanto, dividió su análisis en dos partes para determinar: (1) si era una medida aplicada con una finalidad prevista en la primera parte del párrafo 1 del Anexo A; y (2) si la medida estaba dentro del ámbito de aplicación de los tipos de MSF establecidos en la segunda parte del párrafo 1 del Anexo A (que establece que las “medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes ...”).

En el asunto *Australia – Manzanas*, el Órgano de Apelación opinó que el párrafo 1 a) del Anexo A del Acuerdo MSF requiere un enfoque similar a la interpretación del artículo III:1 del GATT de 1994. Se debe determinar si una medida ha sido "aplicada [...] para proteger" en el sentido del párrafo 1 a) del Anexo A no sólo a partir de los objetivos de la medida, sino también de su texto y estructura, de su contexto normativo y de la manera en que se ha diseñado y aplicado. El examen de estas circunstancias debe revelar una relación clara y objetiva entre la medida y los objetivos concretos enumerados en dicha disposición⁹. El Órgano de Apelación interpretó la definición de “medida sanitaria o fitosanitaria” que figura en el párrafo 1 del Anexo A de la siguiente manera. La lista de instrumentos jurídicos en la última frase del párrafo 1 del Anexo A ("leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos") es una lista de ejemplos de medidas que pueden estar comprendidas en la definición de MSF, siempre que la medida tenga una relación clara y objetiva con al menos uno de los objetivos establecidos en los apartados a) a d). Medidas de un tipo no incluido expresamente en la lista pueden ser MSF si son "aplicadas" con un objetivo que se corresponda con uno de los enumerados en los apartados a) a d). Sin embargo, el hecho de que un instrumento sea de un tipo enumerado en la

⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafos 7.100—7.101.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Manzanas*, WT/DS367/AB/R, párrafo 173.

última frase del párrafo 1 del Anexo A no basta, en sí mismo, para incluirlo en el alcance del Acuerdo MSF¹⁰.

En cuanto al segundo criterio, el Grupo Especial en el asunto *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* determinó que no es necesario demostrar que una MSF tiene *efectos reales* en el comercio mientras pueda afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional¹¹.

(b) Nivel adecuado de protección

La determinación del nivel adecuado de protección, un concepto que el párrafo 5 del Anexo A del Acuerdo MSF define como “el nivel de protección que estime adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria”, es una prerrogativa del Miembro y no de un grupo especial o del Órgano de Apelación¹².

Hay que distinguir claramente entre el “nivel adecuado de protección” establecido por un Miembro y la “medida sanitaria o fitosanitaria”. El primero constituye un objetivo, y la segunda un instrumento elegido para conseguir ese objetivo. La determinación del “nivel adecuado de protección” por un Miembro precede lógicamente al establecimiento de una medida sanitaria o fitosanitaria o a la decisión de mantenerla¹³. Es el nivel adecuado de protección el que determina la medida sanitaria o fitosanitaria que ha de establecerse o mantenerse, y no la medida sanitaria o fitosanitaria establecida o mantenida la que determina el nivel adecuado de protección¹⁴.

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Manzanas*, WT/DS367/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2010, párrafos 175-176.

¹¹ Informe del Grupo Especial, *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.435. Véase también Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.165.

¹² *Australia – Salmón*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 199.

¹³ *Ibidem*, párrafos 200-201.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 203.

El Acuerdo MSF impone tácitamente la obligación de determinar el nivel adecuado de protección. No hay obligación de determinar el nivel adecuado de protección en términos cuantitativos. Sin embargo, un Miembro importador no puede determinar su nivel de protección en términos tan ambiguos o equívocos que la aplicación de las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF resulte imposible y permita al Miembro eludir las obligaciones que le impone, especialmente los párrafos 5 y 6 del artículo 5. Por consiguiente, en caso de que un Miembro no determine su nivel adecuado de protección, o no lo haga con la suficiente precisión, los grupos especiales pueden establecer el nivel adecuado de protección tomando como base el nivel de protección que refleja la medida sanitaria o fitosanitaria efectivamente aplicada¹⁵.

Hay un debate importante sobre la deferencia que los grupos especiales o el Órgano de Apelación deben mostrar en virtud del Acuerdo MSF. No deben sustituir su propia interpretación de la evidencia científica ni hacer su propio análisis del riesgo¹⁶. Sin embargo, Guzmán argumenta que deben mostrar mayor deferencia a las decisiones de los Miembros en cuanto a evaluación de la ciencia, el nivel de riesgo que un Miembro está dispuesto a tolerar y la relación entre la evaluación de riesgo y la medida en litigio. El análisis sustantivo de los grupos especiales y del Órgano de Apelación debe limitarse a la conducta de los Miembros relativa a los requisitos procesales y sobre la transparencia, y la prohibición de la discriminación arbitraria o injustificable, las restricciones encubiertas del comercio internacional y las medidas que son más restrictivas al comercio de lo necesario¹⁷.

¹⁵ *Ibidem*, párrafos 206-207.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación *CE – Hormonas*, párrafo 194 e Informe del Grupo Especial, *Japón – Productos agrícolas*, párrafo 8.32.

¹⁷ Guzman, Andrew, “Dispute Resolution in SPS Cases”, en Horowitz, Dan, Moulis, Daniel y Steger, Debora (eds.), *Ten Years of WTO Dispute Settlement*, International Bar Association, 2007.

3. Relación con otros acuerdos

La Nota interpretativa general al Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC estipula que, en caso de conflicto entre una disposición del GATT y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1A (es decir, los Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías) prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del otro Acuerdo. Por eso, si hay conflicto entre el GATT y el Acuerdo MSF, prevalece el Acuerdo MSF. Sin embargo, si no hay conflicto, ambos acuerdos pueden aplicarse.

Cuando hay dos acuerdos que se aplican a la vez, el Grupo Especial debe considerar normalmente el acuerdo más específico antes que el más general. Por consiguiente, si se alega que la medida en litigio es una MSF, el análisis basado en el Acuerdo MSF debe preceder a cualquier examen basado en el GATT¹⁸. El Grupo Especial en *Estados Unidos — Aves de corral (China)* concluyó “que el Acuerdo MSF detalla y, por consiguiente, explica más detenidamente las disposiciones del artículo XX(b) cuando se trata de medidas sanitarias o fitosanitarias”¹⁹. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que una MSF, cuya incompatibilidad con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF se ha constatado, no puede justificarse de conformidad con el artículo XX(b) del GATT de 1994²⁰.

No obstante, esto no significa que no sea posible invocar el artículo XX del GATT para justificar una violación del Acuerdo MSF. En el asunto *China — Publicaciones y productos audiovisuales*, el Órgano de Apelación concluyó que China podía invocar el artículo XX(a) del GATT como defensa bajo su Protocolo de Adhesión. Sostuvo que no sería una interpretación razonable permitir a un reclamante negar a China el acceso a una

¹⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Aves de corral (China)*, párrafos 7.66-7.69. Véanse también Informe del Grupo Especial, *CE — Sardinias*, párrafos 7.15-7.16 e Informe del Órgano de Apelación, *CE — Bananos III*, párrafo 204.

¹⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Aves de corral (China)*, párrafo 7.479.

²⁰ *Ibidem*, párrafo 7.481.

defensa simplemente alegando una violación del Protocolo de Adhesión y absteniéndose de alegar una violación en virtud de otras disposiciones de los acuerdos abarcados relativas al comercio de mercancías²¹. La misma lógica se puede aplicar a una medida MSF que es inconsistente a la vez con el Acuerdo MSF y con las obligaciones del GATT. Si no fuera posible invocar el artículo XX del GATT como defensa frente a una violación del Acuerdo MSF, un demandante podría negar acceso a la excepción simplemente alegando una violación del Acuerdo MSF y absteniéndose de invocar una violación en virtud del GATT. Por lo tanto, mientras puede ser difícil justificar la violación de los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF bajo el artículo XX(b), esto no significa que no sería posible justificar tales violaciones bajo otra excepción del artículo XX, como el párrafo (a) (moral pública). Por supuesto, este argumento supone que una medida que no es necesaria para proteger la vida o la salud humana, por ejemplo, podría considerarse necesaria para proteger la moral pública.

En virtud del artículo 1.4 del Acuerdo MSF, el Acuerdo MSF no afectará a los derechos que correspondan a los Miembros en virtud del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) con respecto a las medidas no comprendidas en el ámbito del Acuerdo MSF. Según el artículo 1.5 del Acuerdo OTC, el Acuerdo OTC no se aplica a las medidas sanitarias y fitosanitarias definidas en el Anexo A del Acuerdo MSF. Por consiguiente, la relación entre el Acuerdo MSF y el Acuerdo OTC depende de si la medida de que se trate es una medida sanitaria o fitosanitaria, con arreglo a la definición de este término en el Anexo A del Acuerdo MSF.

²¹ Informe del Órgano de Apelación, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 229.

Una cuestión no resuelta es si distintos aspectos de una medida podrían estar sujetos a las obligaciones del Acuerdo MSF y del Acuerdo OTC²². El Grupo Especial en *Estados Unidos — Aves de corral (China)* concluyó que una medida puede estar sujeta simultáneamente a las obligaciones del Acuerdo MSF y del GATT. No obstante, concluyó que la medida no podía justificarse bajo el artículo XX(b) del GATT por ser inconsistente con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF. En ese caso, la medida fue, a la vez, una MSF y una medida presupuestaria. Además, la medida fue inconsistente con las obligaciones del Acuerdo MSF y las obligaciones del GATT. En caso de que una medida fuese inconsistente con el Acuerdo MSF y consistente con las obligaciones del GATT, es poco probable que la consistencia de la medida con el GATT pudiera curar la inconsistencia con el Acuerdo MSF²³. ¿Cuál sería el resultado si una medida tuviera, a la vez, elementos sanitarios o fitosanitarios y elementos de un obstáculo técnico al comercio?

Un principio fundamental de la interpretación de los tratados que se desprende de la regla general de interpretación establecida en el artículo 31 es el principio de efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*). En el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación señaló que “uno de los corolarios de la ‘regla general de interpretación’ de la Convención de Viena es que la interpretación ha de dar sentido y ha de afectar a todos los términos del tratado”²⁴. Entonces, no se puede adoptar una interpretación que reduzca cláusulas o párrafos enteros a la redundancia o la inutilidad²⁵. Hay que interpretar todos los

²² Marceau, Gabrielle, y Trachtman, Joel P., “The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade”, *Journal of World Trade*, Vol. 36, No. 5, 2002, pp. pp. 865 y 877.

²³ *Ibidem*, p- 877. Dan el ejemplo de una medida MSF que es inconsistente con el artículo 5.1 del Acuerdo MSF porque no se basa en una evaluación de riesgo, pero que no es discriminatoria en los términos de los artículos I y III del GATT.

²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 26.

²⁵ *Ibidem*, página 23.

términos de un tratado de forma que den sentido a todos de una forma armoniosa²⁶. En el derecho público internacional, hay una presunción contra el conflicto entre obligaciones jurídicas internacionales²⁷. Por lo tanto, hay que interpretar los acuerdos de la OMC en su conjunto para evitar hasta donde sea posible el conflicto entre las reglas en distintos acuerdos de la OMC²⁸. Los derechos y las obligaciones de los acuerdos de la OMC aplican de manera cumulativa a menos que no se pueda aplicar una disposición porque entra en conflicto con otra disposición, o porque la otra disposición constituye *lex specialis*.²⁹ Estas normas serían aplicables para resolver cuestiones sobre la relación entre el Acuerdo MSF y los demás acuerdos abarcados de la OMC.

4. Orden de análisis

El Acuerdo MSF no contiene ninguna directriz sobre la secuencia para el análisis de sus disposiciones. Mientras una violación del artículo 5.1 supone una violación del artículo 2.2, no es lo mismo en sentido contrario. Por esto, muchos grupos especiales han empezado su análisis con la disposición más específica, el artículo 5.1, antes de considerar el artículo 2.2³⁰.

Por ejemplo, el Grupo Especial en *Estados Unidos — Aves de corral (China)* decidió comenzar el análisis comprobando si la medida en litigio estaba basado en

²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Corea — Productos lácteos*, párrafo 81. Véanse también los informes del Órgano de Apelación en: *Estados Unidos — Ropa interior*, página 17; *Canadá — Productos lácteos*, párrafo 133; *Argentina — Calzado (CE)*, párrafo 81; *Estados Unidos — Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 338; *Estados Unidos — Ley de Compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 271; y *Estados Unidos — Algodón americano (Upland)*, párrafo 549.

²⁷ *Indonesia — Autos*, Grupos Especial, párrafo 14.28. Véase también Pauwelyn, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2003, p. 240.

²⁸ Véase Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala — Cemento*, párrafo 65.

²⁹ Marceau, Gabrielle y Trachtman, Joel P., *op. cit.*, p. 867.

³⁰ Informes de los Grupos Especiales, *CE — Hormonas (Canadá)*, párrafo 8.274; *Australia — Salmón*, párrafo 8.52; *CE — Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafos 7.3393-7.3396; *Australia — Salmón* (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá), párrafo 7.83-7.85; *Estados Unidos — Aves de corral (China)*, párrafos 7.157-7.161; y *Australia — Manzanas*, párrafos 7.212-7.215.

testimonios científicos, antes de examinar el modo en que dicha disposición se aplicaba. Por consiguiente, inició con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 porque cualquier incompatibilidad con estas disposiciones llevaría necesariamente a la incompatibilidad con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF. Después, analizó la prohibición de discriminar entre los Miembros de manera arbitraria o injustificable en el artículo 2.3 y de la discriminación arbitraria o injustificable en el artículo 5.5 del Acuerdo MSF. La constatación de una infracción del artículo 5.5 implica necesariamente la infracción del artículo 2.3. Sin embargo, el artículo 5.5 no contiene la expresión “entre Miembros”. En un caso de discriminación entre productos del mismo Miembro, aunque podría establecerse una incompatibilidad con el artículo 5.5, no habría discriminación entre Miembros bajo el artículo 2.3. No obstante, en esta diferencia, China alegó la discriminación entre productos de diferentes Miembros. Por lo tanto, el Grupo Especial analizó primero el artículo 5.5 antes que el artículo 2.3. Después revisó las alegaciones bajo el artículo 5.6 del Acuerdo MSF, y por último concluyó con el artículo 8³¹.

5. Derechos y obligaciones básicos (artículo 2)

En virtud del artículo 2.1, los Miembros tienen derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”, siempre que tales medidas no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo. En el contexto del apartado (b) del artículo XX del GATT, la jurisprudencia ha desarrollado un análisis para determinar si una medida es “necesaria”. Sin embargo, a diferencia del GATT, el Acuerdo MSF establece reglas detalladas para determinar el nivel adecuado de protección, que sea basado

³¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafos 7.157-7.161.

testimonios científicos suficientes y con arreglo a una evaluación de riesgo. Por consiguiente, la cuestión de si una medida sanitaria o fitosanitaria es necesaria debe determinarse primero con arreglo a las disposiciones del Acuerdo MSF³². No obstante, la jurisprudencia sobre el apartado (b) del artículo XX del GATT podría ser una fuente de útiles orientaciones en la interpretación del Acuerdo MSF dada la referencia al apartado (b) del artículo XX del GATT en el preámbulo del Acuerdo MSF, y dado que los dos acuerdos deben interpretarse de una manera armoniosa³³. De acuerdo con el principio de efecto útil, deben interpretarse todos los términos de un tratado de forma que den sentido a todos ellos de una forma armoniosa³⁴.

Según el artículo 2.2 del Acuerdo MSF, los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en la medida en que 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 artículo 5.7. El requisito de los “testimonios científicos suficientes” del artículo 2.2, junto con el requisito de una evaluación del riesgo en el artículo 5.1 del Acuerdo MSF, son esenciales para mantener el equilibrio en el Acuerdo MSF entre los objetivos de promover el comercio internacional y de proteger la vida y la salud de los seres humanos³⁵. El artículo 5.1 es una aplicación específica de las obligaciones básicas del artículo 2.2 del Acuerdo MSF, y estas dos

³² Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 238-239.

³³ En el asunto *CE – Amianto*, en el contexto del apartado (b) del artículo XX, el Órgano de Apelación consideró que el objetivo de proteger la vida y la salud de las personas mediante la eliminación o reducción de los riesgos conocidos era vital y de la máxima importancia. La determinación de si una medida era “necesaria” tenía que tener en cuenta el nivel de protección deseado dado que los miembros de la OMC tienen el derecho de determinar el nivel de protección a la salud humana que consideran adecuada, y no hay que cuantificar el riesgo que representa un producto. Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafos 167-168 y 172.

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Productos lácteos*, párrafo 81.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 177.

disposiciones se deben leer constantemente juntas³⁶. Una prohibición de las importaciones que viola el artículo 5.1 también es incompatible con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF³⁷.

La obligación del artículo 2.2 de que no se mantenga una medida sanitaria o fitosanitaria sin testimonios científicos suficientes exige que exista una relación racional u objetiva entre la medida sanitaria o fitosanitaria y los testimonios científicos. La determinación de la existencia de una relación racional entre una medida sanitaria o fitosanitaria y los testimonios científicos se efectúa caso por caso y depende de las circunstancias específicas del caso, especialmente de las características de la medida objeto de litigio y de la calidad y cantidad de los testimonios científicos³⁸. Sin embargo, una interpretación excesivamente amplia y flexible de esta obligación del artículo 2.2 privaría de su sentido al artículo 5.7, una exención cualificada de esa obligación, que permite a los Miembros adoptar medidas sanitarias o fitosanitarias provisionales “cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes” y se cumplan ciertos otros requisitos³⁹.

En el asunto *Japón – Manzanas*, el Grupo Especial concluyó como cuestión de hecho que no era probable que las manzanas pudieran servir como vía para la entrada, radicación o propagación de una enfermedad del manzano en el Japón. El Grupo Especial contrastó el alcance del riesgo y la naturaleza de los elementos que componían la medida, y concluyó que ésta era “claramente desproporcionada con respecto al riesgo identificado sobre la base de los testimonios científicos disponibles”. Por esa “clara desproporción” concluyó que no existía una “relación racional u objetiva” entre la medida y los testimonios científicos pertinentes, y por ello la medida se mantenía sin “testimonios científicos

³⁶ *Ibidem*, párrafo 180.

³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 138.

³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 84.

³⁹ *Ibidem*, párrafo 80.

suficientes” en el sentido del artículo 2.2 del Acuerdo MSF. El Órgano de Apelación consideró que el criterio aplicado por el Grupo Especial no agotaba la gama de metodologías disponibles para determinar si una medida se mantenía “sin testimonios científicos suficientes”. No obstante, concluyó que la metodología adoptada por el Grupo Especial era adecuada dadas las circunstancias específicas del caso⁴⁰.

En el contexto del artículo XX(b) del GATT, no hay una cuestión de proporcionalidad en el análisis de si una medida es necesaria. El artículo 2.2 del Acuerdo MSF también tiene un requisito de necesidad en la aplicación de la medida. Sin embargo, el artículo 2.2 agrega el requisito adicional de no mantener una medida sanitaria o fitosanitaria sin testimonios científicos suficientes. En el asunto *Japón – Manzanas*, el Grupo Especial introdujo un análisis de proporcionalidad como parte este requisito. No obstante, no queda muy claro cómo se puede reconciliar la ausencia de un requisito de proporcionalidad en el análisis de necesidad con su presencia dentro del mismo artículo 2.2.

El Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, consideró que para que los Estados Unidos mantuvieran la medida en litigio con testimonios científicos suficientes, éstos deben guardar una relación racional con la medida, ser suficientes para demostrar la existencia del riesgo al que se supone que ha de hacer frente la medida y ser del tipo necesario para una evaluación del riesgo⁴¹. Cuando una MSF no se base en una evaluación del riesgo, como exigen los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF, se supone que no tiene fundamento en principios científicos y que se mantiene sin testimonios científicos suficientes⁴². En este caso, los testimonios a que hacían referencia los Estados Unidos no se ocuparon específicamente del sistema de inspección de

⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafos 163-164.

⁴¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.200.

⁴² *Ibidem*, párrafo 7.201.

las aves de corral de China ni de la existencia del riesgo al que se supone hizo frente la medida. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que la medida se mantuvo sin testimonios científicos suficientes⁴³.

El lenguaje del artículo 2.2 del Acuerdo MSF refleja el lenguaje que se utiliza en el apartado (b) del artículo XX del GATT. Además, en virtud del artículo 2.4 del Acuerdo MSF, se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes a las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF están en conformidad con las obligaciones de los Miembros en virtud de las disposiciones del GATT relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las del apartado (b) del artículo XX. Dada la similitud entre el lenguaje de los párrafos 2.2, 2.3 y 2.4 del Acuerdo MSF, el apartado (b) y el preámbulo del artículo XX del GATT, la jurisprudencia sobre estas disposiciones del GATT sería pertinente para la interpretación de estas disposiciones del Acuerdo MSF. Sin embargo, hay que tener en cuenta las diferencias entre el contexto de los artículos del GATT y el contexto de los artículos del Acuerdo MSF para determinar hasta qué punto la jurisprudencia del GATT es aplicable⁴⁴. El artículo 2.2 expresa una obligación, mientras que el artículo XX del GATT se trata de excepciones. Las excepciones se interpretan más estrictamente que las obligaciones. Además, el artículo 2.2 habla de la aplicación de la medida, sin indicar hasta qué punto la sustancia de la medida es pertinente. En contraste, en el artículo XX(b) del GATT el análisis se trata de la sustancia de la medida, y su aplicación se considera en el preámbulo del artículo XX⁴⁵.

⁴³ *Ibidem*, párrafo 7.202.

⁴⁴ Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 238-239, donde el Órgano de Apelación consideró que la jurisprudencia sobre el artículo III y el preámbulo del artículo XX del GATT no se podía aplicar al artículo 5.5 del Acuerdo MSF sin tomar en cuenta las estructuras diferentes de los dos acuerdos.

⁴⁵ Marceau, Gabrielle y Trachtman, Joel P., *op. cit.*, p. 834.

Según el artículo 2.3 del Acuerdo MSF, los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional. Este lenguaje refleja el lenguaje del preámbulo del artículo XX del GATT y del artículo XIV del AGCS.

En el asunto *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, el Grupo Especial consideró que es necesario probar tres elementos cumulativos para establecer una violación del artículo 2.3: (1) la medida discrimina entre los territorios de los otros Miembros, o entre el territorio del Miembro que impone la medida y el territorio de otro Miembro; (2) la discriminación es arbitraria o injustificable; y (3) prevalezcan condiciones idénticas o similares en el territorio del otro Miembro comparado⁴⁶. Además, el artículo 2.3 del Acuerdo MSF prohíbe la discriminación no sólo entre productos similares, sino también entre productos diferentes (en ese caso, entre diferentes tipos de pescado)⁴⁷. El artículo 2.3 difiere de las disposiciones de la no discriminación de los artículos I y III del GATT en este sentido.

En el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, el Grupo Especial observó que, según el Órgano de Apelación, las constataciones relativas al sentido corriente de la expresión “arbitrario o injustificable” en el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994 son pertinentes y sirven de orientación para la interpretación de la expresión “discriminación arbitraria o injustificable” en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF⁴⁸. Sin

⁴⁶ Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, párrafo 7.111 e Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.317

⁴⁷ Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, párrafo 7.112.

⁴⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafos 7.268-7.269.

embargo, mientras el artículo 2.3 incorpora lenguaje del preámbulo del artículo XX del GATT, el artículo 2.3 es una obligación positiva, mientras que el artículo XX es una excepción. Las excepciones se interpretan más estrictamente que las obligaciones. Entonces, surge la cuestión de si el lenguaje en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF debe interpretarse menos estrictamente que el mismo lenguaje en el artículo XX del GATT.

Una violación del artículo 5.5 del Acuerdo MSF implica necesariamente la existencia de una violación del artículo 2.3, pero no es la única vía que puede seguirse para llegar a la constatación de que una medida sanitaria o fitosanitaria supone una discriminación arbitraria o injustificable en el sentido de la primera frase del artículo 2.3⁴⁹.

6. Armonización con normas internacionales (artículo 3)

El artículo 3 del Acuerdo MSF establece tres opciones para establecer una medida sanitaria o fitosanitaria: (1) que esté “basada en” una norma, directriz y recomendación internacional existente que sea pertinente; (2) que se encuentre “en conformidad con” normas, directrices o recomendaciones internacionales (en cuyo caso se presume compatible con el Acuerdo MSF y el GATT); o (3) que establezca su propio nivel de protección sanitaria, superior al que implica la norma internacional, siempre que cumpla con determinados requisitos.

El propósito del artículo 3 es promover la armonización de las medidas sanitarias y fitosanitarias de los Miembros en el mayor grado posible, reconociendo y salvaguardando al mismo tiempo el derecho y el deber de los Miembros a proteger la vida y la salud de sus poblaciones. La meta de la armonización es impedir que las medidas sanitarias y fitosanitarias puedan utilizarse para discriminar de manera arbitraria o injustificable entre

⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 252. Véase también Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.318.

los Miembros o como restricción encubierta del comercio internacional, sin poner obstáculos a que los Miembros puedan adoptar o aplicar medidas que a la vez son necesarias para proteger la vida o la salud de las personas y están basadas en principios científicos, sin exigirles que modifiquen su nivel adecuado de protección⁵⁰.

De acuerdo con el artículo 3.1, para armonizar en el mayor grado posible las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros basarán sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales, cuando existan, salvo disposición en contrario en el Acuerdo MSF y en particular el artículo 3.3. El artículo 3.1 excluye de su ámbito de aplicación las situaciones abarcadas por el artículo 3.3, esto es, el caso de un Miembro que ha proyectado para sí mismo un nivel más elevado de protección sanitaria del que hubiese logrado mediante una medida basada en una norma internacional⁵¹.

El Anexo A del Acuerdo MSF define “normas, directrices y recomendaciones internacionales” como las de la Comisión del Codex Alimentarius (en materia de inocuidad de los alimentos), de la Oficina Internacional de Epizootias (en materia de sanidad animal y zoonosis) y de la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (en materia de preservación de los vegetales).

Debido al artículo 3.1 del Acuerdo MSF, todo Miembro puede optar por establecer una medida sanitaria o fitosanitaria que esté basada en una norma, directriz y recomendación internacional existente que sea pertinente. Tal medida puede adoptar algunos de los elementos, aunque no necesariamente todos, de la norma internacional. Ésta no se beneficia de la presunción de compatibilidad establecida en el artículo 3.2 (porque esa

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 177.

⁵¹ *Ibidem*, párrafo 104.

presunción requiere “conformidad con” la norma internacional y no simplemente que la medida está “basada en” tal norma). Sin embargo, el Miembro no se ve penalizado por una inversión de la carga de prueba normal. La carga de mostrar que existe presunción de incompatibilidad con el artículo 3.1, o cualquier otro artículo pertinente del Acuerdo MSF o del GATT, sigue con el Miembro demandante⁵².

En virtud del artículo 3.2, se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF y del GATT. La decisión de un Miembro de no poner en conformidad determinada medida con una norma internacional no autoriza a que se le imponga a ese Miembro una carga de la prueba especial o generalizada⁵³. Estar “en conformidad con” no significa lo mismo que estar “basadas en”⁵⁴. En virtud del artículo 3.2, todo Miembro puede decidir promulgar una medida sanitaria o fitosanitaria que esté de acuerdo con una norma internacional. Esa medida incorporará la norma internacional en su totalidad y, a efectos prácticos, la convierte en una norma interna. Tal medida goza del beneficio de una presunción (aunque rebatible) de compatibilidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF y del GATT⁵⁵.

En virtud del artículo 3.3, los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria

⁵² *Ibidem*, párrafo 171.

⁵³ *Ibidem*, párrafo 102.

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo 166. En el contexto del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación consideró que una norma internacional se utiliza “como base” de un reglamento técnico cuando se la utiliza como componente principal o principio fundamental a los fines de dictar el reglamento, y que debe existir una vinculación muy firme y muy estrecha entre dos cosas para que pueda decirse que una constituye “la base de” la otra. Véase Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafos 243-245.

⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 170.

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 normas, directrices o recomendaciones internacionales, no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del Acuerdo MSF. Según la nota al pie 2, a los efectos del artículo 3.3, existe una justificación científica si, sobre la base de un examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF, un Miembro determina que las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes no son suficientes para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria.

Según el Órgano de Apelación, el artículo 3.3 reconoce el derecho autónomo del Miembro de establecer ese nivel más elevado de protección, siempre que el Miembro cumpla determinados requisitos al adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias para alcanzar ese nivel⁵⁶. El nivel adecuado de protección en ese Miembro puede ser superior al que implica la norma internacional. El derecho de un Miembro a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria no es una excepción de la obligación general del artículo 3.1⁵⁷.

Si una MSF está basada en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, se aplica el artículo 3.1. Si no es el caso porque el Miembro

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 104.

⁵⁷ *Ibidem*, párrafos 172-173.

quiere lograr un nivel de protección más elevado, se aplica el artículo 3.3. Entonces, la cuestión clave es si la MSF está basada en esas normas o no⁵⁸.

El artículo 3.3 pretende cubrir dos situaciones. Éstas son el establecimiento o el mantenimiento de medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección más elevado (1) si existe una justificación científica, o (2) si ello es consecuencia del nivel de protección que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5. En ambas situaciones, las medidas que representen un nivel de protección diferente del que se lograría mediante medidas basadas en normas internacionales, no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del Acuerdo MSF. La expresión “ninguna otra disposición” del Acuerdo MSF incluye el artículo 5. Además, la nota al pie 2 define la “justificación científica” como un “examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes” del Acuerdo MSF. Ese examen y evaluación parecen participar de la naturaleza de la evaluación del riesgo exigida en el artículo 5.1 y definida en el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF⁵⁹. Por lo tanto, el artículo 3.3 exige a los Miembros cumplir con las prescripciones del artículo 5.1⁶⁰.

7. Evaluación adecuada de riesgo (artículo 5)

(a) Regla general

Según el artículo 5.1 del Acuerdo MSF, los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las

⁵⁸ Véase Broude, Tomer, “Genetically Modified Rules: The Awkward Rule-Exception-Right Distinction and EC-Biotech”, *World Trade Review*, Vol. 6, No. 2, 2007, p. 215.

⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 175.

⁶⁰ *Ibidem*, párrafo 177.

circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes. El artículo 5.1 del Acuerdo MSF contiene dos cuestiones fundamentales: (1) ¿se hizo una evaluación del riesgo adecuada a las circunstancias, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes y los elementos enumerados en el artículo 5.2?; y (2) ¿se basa la medida sanitaria en esa evaluación del riesgo? La primera cuestión requiere determinar qué es una evaluación del riesgo a la luz de la definición del párrafo 4 del Anexo A para posteriormente definir si la evaluación del riesgo en efecto se realizó⁶¹.

En virtud del párrafo 4 del Anexo A, “evaluación de riesgo” significa:

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 o los piensos.

El artículo 5.1 no requiere que un Miembro que adopta una medida sanitaria realice su propia evaluación del riesgo. La medida sanitaria o fitosanitaria podría tener su justificación objetiva en una evaluación del riesgo realizada por otro Miembro o por una organización internacional⁶². El “riesgo” evaluado debe ser un riesgo verificable. La incertidumbre teórica no es el tipo de riesgo que se ha de evaluar, dado que la ciencia no puede nunca aportar una certidumbre absoluta de que una determinada sustancia no tenga en algún caso efectos perjudiciales para la salud. Sin embargo, esto no implica que un Miembro no pueda determinar que su propio nivel adecuado de protección sea el “riesgo

⁶¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Aves de corral (China)*, párrafos 7.173—7.174.

⁶² Informe del Órgano de Apelación, *CE — Hormonas*, párrafo 190.

cero”⁶³. Además, el riesgo que se evalúa en una evaluación del riesgo con arreglo al artículo 5.1 no es únicamente un riesgo verificable en un laboratorio científico que funciona en condiciones estrictamente controladas, sino también la posibilidad efectiva de que se produzcan efectos adversos para la salud humana en el mundo real⁶⁴.

En el asunto *Japón – Manzanas*, el Órgano de Apelación consideró que la prudencia científica de la cual dieron muestra los expertos ,guardaba relación con los riesgos que pudieran derivar de la introducción de cambios radicales en el actual sistema de controles fitosanitarios del Japón, habida cuenta del clima y del carácter insular del Japón. Dicha prudencia científica no tenía relación con la “incertidumbre teórica” inherente al método científico, que deriva de los límites intrínsecos de los experimentos, metodologías o instrumentos aplicados por los científicos. La prudencia científica evidenciada por los expertos no se debía “asimilar completamente” a la “incertidumbre teórica” en cuanto que iba más allá del ámbito de los riesgos a los que han de hacer frente las medidas sujetas al Acuerdo MSF⁶⁵.

En el asunto *Australia – Salmón*, el Órgano de Apelación consideró que, en ese caso, una evaluación del riesgo a tenor del artículo 5.1 debía:

- (1) identificar las enfermedades cuya entrada, radicación o propagación un Miembro desea evitar en su territorio, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas a la entrada, radicación o propagación de esas enfermedades;
- (2) evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; y
- 3) evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse.⁶⁶

⁶³ *Ibidem*, párrafo 186 e Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 125.

⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 187.

⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 241.

⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 121.

En el asunto *Australia – Salmón*, el Órgano de Apelación notó que el primer tipo de evaluación del riesgo indicada en el párrafo 4 del Anexo A es sustancialmente diferente del segundo tipo de evaluación del riesgo que contiene el mismo párrafo. Mientras el segundo tipo requiere solamente la evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales, el primer tipo de evaluación del riesgo exige una evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de una enfermedad, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas⁶⁷. Para que una evaluación del riesgo quede comprendida en los términos del artículo 5.1 y de la primera definición del párrafo 4 del Anexo A, no es suficiente que una evaluación del riesgo llegue a la conclusión de que existe una *posibilidad* de entrada, radicación o propagación de enfermedades y las consecuencias biológicas y económicas conexas, sino que debe evaluar su *probabilidad*, así como la probabilidad de entrada, radicación o propagación de enfermedades, según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse⁶⁸. Sin embargo, el Acuerdo MSF no requiere que la evaluación de la probabilidad se haga cuantitativamente, sino que puede expresarse en términos cuantitativos o cualitativos. La evaluación del riesgo no debe establecer determinada magnitud o nivel límite del grado de riesgo⁶⁹. Una evaluación del riesgo no debe estar limitada a un examen de la medida ya aplicada o favorecida por el Miembro importador. La evaluación no debe verse distorsionada por opiniones preconcebidas sobre la naturaleza y el contenido de la medida que ha de adoptarse. Tampoco debe convertirse en una actividad específicamente diseñada y desarrollada con la finalidad de justificar decisiones *ex post facto*⁷⁰.

⁶⁷ *Ibidem*, párrafo 123, nota al pie 69.

⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 123.

⁶⁹ *Ibidem*, párrafo 124.

⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 208.

En el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, los Estados Unidos citaron informes de organizaciones internacionales y de organismos gubernamentales acerca de los problemas de China en materia de inocuidad de los alimentos. Sin embargo, los Estados Unidos no mantuvieron que estos estudios constituyeran la “evaluación del riesgo” en la que se basó el artículo 727. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que los Estados Unidos no habían basado el artículo 727 en ninguna evaluación del riesgo, ya sea que hubiera sido realizada por sus autoridades o por cualquier otra entidad⁷¹.

En el asunto *Canadá/Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación señaló que la función de un grupo especial que examina la compatibilidad de una MSF con el artículo 5.1 del Acuerdo MSF consiste en determinar si esa medida se basa debidamente en una evaluación del riesgo. Corresponde al Miembro de la OMC realizar la evaluación del riesgo. El grupo especial debe examinar esa evaluación del riesgo, pero no debe actuar como evaluador del riesgo. La facultad de examen de los grupos especiales consiste en determinar si la evaluación del riesgo se basa en un razonamiento coherente y en testimonios científicos respetables y si, en este sentido, se puede justificar objetivamente⁷². Por consiguiente, el análisis de un grupo especial debe: (1) identificar el fundamento científico que sirvió de base para la adopción de la medida; (2) comprobar si el fundamento científico proviene de una fuente respetada y competente; (3) evaluar si el razonamiento formulado sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente (es decir, si las conclusiones concretas extraídas por el Miembro que evalúa el riesgo encuentran suficiente respaldo en los testimonios científicos en los que se han basado); y

⁷¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafos 7.187-7.191.

⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Canadá/Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 590.

(4) determinar si los resultados de la evaluación del riesgo justifican suficientemente la medida sanitaria o fitosanitaria en cuestión⁷³.

En el asunto *Australia – Manzanas*, el Grupo Especial concluyó que el análisis de Australia de la probabilidad de entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano, y de las posibles consecuencias asociadas con la entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano en Australia, no fue una evaluación del riesgo correcta conforme a las disposiciones del artículo 5.1 y el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF. El Grupo Especial consideró que el razonamiento formulado por Australia sobre la base de los testimonios científicos no era objetivo y coherente. Debido a que no se habían considerado suficientemente factores tales como los testimonios científicos disponibles, los procesos y métodos de producción pertinentes en Nueva Zelanda y Australia, y la prevalencia actual de la niebla del peral y del manzano, Australia tampoco cumplió con el artículo 5.2 del Acuerdo MSF. En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que las prescripciones de Australia relativas a la niebla del peral y del manzano sobre las manzanas de Nueva Zelanda, eran incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF⁷⁴. El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial y observó que debe establecerse una distinción entre los testimonios científicos en los que se ha basado el evaluador del riesgo, por un lado, y, el razonamiento utilizado y las

⁷³ Informes del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 93 y *Canadá/Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 591. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Manzanas*, párrafo 219, donde el Órgano de Apelación dijo: “el Órgano de Apelación no estableció una serie de etapas que hayan de seguir automáticamente los grupos especiales al examinar una evaluación del riesgo de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF, sino que sugirió una vía para que los grupos especiales comprueben si una evaluación del riesgo es compatible con el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF, cuyo eje es la idea de que la evaluación del riesgo debe examinarse a la luz de los testimonios científicos en los que se basa.”

⁷⁴ Informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, párrafos 7.471-7.472.

conclusiones alcanzadas por éste sobre la base de esos testimonios científicos, por otro⁷⁵. Es necesario que los grupos especiales puedan examinar si las conclusiones del evaluador del riesgo se basan en los testimonios científicos utilizados y, por tanto, son objetivas y coherentes⁷⁶. Dado que no estaban basadas en una evaluación del riesgo de acuerdo con el artículo 5.1 del Acuerdo MSF, el Grupo Especial concluyó que las medidas no estaban basadas en principios científicos según el significado del artículo 2.2. En consecuencia, las medidas australianas eran también incompatibles con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF⁷⁷. El Grupo Especial llegó a la misma conclusión sobre las medidas australianas relativas al chancro del manzano y del peral⁷⁸ y al la mosquilla de las hojas del manzano (ACLM)⁷⁹.

(b) Factores que deben tenerse en cuenta

El artículo 5.2 dispone que al evaluar los riesgos, los Miembros tendrán en cuenta: los testimonios científicos existentes; los procesos y métodos de producción pertinentes; los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba; la prevalencia de enfermedades o plagas concretas; la existencia de zonas libres de plagas o enfermedades; las condiciones ecológicas y ambientales pertinentes; y los regímenes de cuarentena y otros. La obligación de realizar una evaluación del riesgo no se satisface simplemente con un examen general de la enfermedad que se trata de evitar mediante la imposición de una medida fitosanitaria. La evaluación del riesgo debe poner en relación la probabilidad de que se produzcan efectos perjudiciales con un antecedente o causa. En el asunto *CE – Hormonas*, la evaluación del riesgo examinada no era lo bastante específica, porque debería haber examinado el

⁷⁵ *Ibidem*, párrafo 224.

⁷⁶ *Ibidem*, párrafo 225.

⁷⁷ *Ibidem*, párrafos 7.471-7.472.

⁷⁸ *Ibidem*, párrafos 7.778-7.779.

⁷⁹ *Ibidem*, párrafos 7.886-7.887.

potencial carcinogénico no de las hormonas pertinentes en general, sino de los residuos de las hormonas encontradas en la carne de ganado al que se habían administrado las hormonas con el fin de estimular el crecimiento. Al examinar el riesgo que debía especificarse en la evaluación del riesgo, el Órgano de Apelación se remitió en general al daño de que se trataba (cáncer o daños genéticos), así como al agente exacto que podría causar el daño (es decir, las hormonas específicas cuando se utilizaban en forma específica y con fines específicos)⁸⁰.

En el asunto *Japón – Manzanas*, la evaluación de “los riesgos asociados a todos los posibles huéspedes considerados en su conjunto” no era suficientemente específica para poderse considerar como una “evaluación del riesgo” con arreglo al Acuerdo MSF por lo que respecta a la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano en el Japón por medio de las manzanas. En ese caso, la conclusión la evaluación de riesgo sobre la niebla del peral y del manzano se basaba en una evaluación global de posibles modos de contaminación, entre los que las manzanas eran sólo uno de los posibles huéspedes/vectores considerados. El riesgo de entrada, radicación o propagación de la enfermedad variaba de manera significativa en función del vector, o planta huésped específica. Dado que la medida en litigio guardaba relación con el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas, para determinar si la evaluación del riesgo era suficientemente específica con respecto al asunto de que se trata, la naturaleza del riesgo al que pretendía hacer frente la medida en litigio era un factor que debía tenerse en cuenta⁸¹.

⁸⁰ Véanse Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 119-206 e Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 202 y nota al pie 372.

⁸¹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 203.

El artículo 5.1 exige que los resultados de la evaluación del riesgo justifiquen suficientemente (es decir, apoyen razonablemente) la medida sanitaria o fitosanitaria en cuestión. Requiere una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo⁸². Sin embargo, una evaluación del riesgo no tiene que llegar a una conclusión que coincida con la conclusión o la opinión científica implícita en la MSF. La evaluación del riesgo podría establecer la opinión imperante que representa la “tendencia principal” de la opinión científica, así como las opiniones de los científicos que sostienen una opinión discrepante. El artículo 5.1 no exige que la evaluación del riesgo tenga que plasmar necesariamente sólo la opinión de una mayoría de la comunidad científica competente. Los gobiernos pueden actuar de buena fe sobre la base de lo que puede ser, en un momento dado, una opinión discrepante procedente de fuentes competentes y respetadas. En sí, esto no es un indicio de la falta de una relación razonable entre la medida sanitaria o fitosanitaria y la evaluación del riesgo, especialmente cuando el riesgo tiene un carácter de amenaza contra la vida y se percibe como una amenaza clara e inminente contra la salud y la seguridad públicas⁸³.

Al evaluar el riesgo, de acuerdo al artículo 5.3, y determinar la medida que habrá de aplicarse para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra ese riesgo, los Miembros tendrán en cuenta factores económicos pertinentes: 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. Asimismo, el artículo 5.4 exige que al determinar el nivel adecuado de

⁸² Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 193. Véase también Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 84.

⁸³ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 194.

protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros tengan en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio.

(c) Distinciones arbitrarias o injustificables

Según el artículo 5.5, cada Miembro evitará distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que considere adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. El 18 de julio de 2000, el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias estableció “Directrices para fomentar la aplicación práctica del párrafo 5 del artículo 5”⁸⁴. Las directrices del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias estipulan que la indicación del nivel adecuado de protección podrá ser cualitativa o cuantitativa, pero indica una preferencia para indicaciones cuantitativas. Se deben tener en cuenta todos los factores pertinentes, con inclusión del carácter excepcional de los riesgos para la salud humana a los que las personas se exponen por su propia voluntad.

El objeto del artículo 5.5 es lograr coherencia en la aplicación del concepto de nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, por medio de la obligación de evitar las incoherencias arbitrarias o injustificables⁸⁵. Una denuncia de violación de este artículo debe demostrar que existen tres elementos distintos, de carácter acumulativo: (1) que el Miembro que impone la medida objeto de la queja haya adoptado sus propios niveles de protección sanitaria contra los riesgos para la vida o la salud humanas en varias situaciones diferentes; (2) que esos niveles de protección presentan diferencias arbitrarias o injustificables en su tratamiento de situaciones diferentes; y (3) que las diferencias arbitrarias o injustificables

⁸⁴ Véase documento G/SPS/15, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/work_and_doc_s.htm.

⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 213.

produzcan discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Este último elemento se refiere a la medida que refleja o aplica un nivel particular de protección que tiene por resultado, en su aplicación, una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Hay que demostrar que todos ellos existen para que haya violación del artículo 5.5. Es necesario examinar la medida en sí y evaluarla y, en el contexto de los diferentes niveles de protección, mostrar que tiene por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional⁸⁶.

De manera parecida al artículo 2.3, el artículo 5.5 incorpora lenguaje del preámbulo del artículo XX del GATT. Sin embargo, al igual que el artículo 2.3, el artículo 5.5 es una obligación positiva, mientras que el artículo XX es una excepción. Las excepciones se interpretan más estrictamente que las obligaciones. Entonces, surge la cuestión de si el lenguaje en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF debe interpretarse menos estrictamente que el mismo lenguaje en el artículo XX del GATT.

Primer criterio: situaciones comparables con niveles diferentes de protección

Las situaciones que presentan niveles diferentes de protección no pueden compararse a menos que sean comparables. Es decir, deben presentar algún elemento o algunos elementos comunes que sean suficientes para que resulten comparables. Si las situaciones que se propone examinar son totalmente diferentes entre sí, no serían racionalmente comparables y las diferencias de los niveles de protección no se pueden

⁸⁶ *Ibidem*, párrafos 214-215. Véase también párrafos 238-239, donde el Órgano de Apelación consideró que la jurisprudencia sobre el artículo III no era apta para el artículo 5.5 del Acuerdo MSF y que el preámbulo del artículo XX del GATT no se podía aplicar al artículo 5.5 del Acuerdo MSF sin tomar en cuenta las estructuras diferentes de los dos acuerdos.

examinar debido a la arbitrariedad⁸⁷. Las situaciones pueden ser comparadas al amparo del artículo 5.5 si entrañan un riesgo de entrada, radicación o propagación de la misma enfermedad o de una enfermedad similar o un riesgo de posibles consecuencias biológicas y económicas conexas que son las mismas o similares⁸⁸. Para que las situaciones sean comparables, es suficiente que tengan en común el riesgo de entrada, radicación o propagación de una enfermedad motivo de preocupación. No es necesario que dichas situaciones tengan en común un riesgo de entrada, radicación o propagación de todas las enfermedades motivo de preocupación⁸⁹.

En el asunto *Australia – Manzanas*, el Grupo Especial observó que, al desarrollar estas condiciones de comparabilidad, el Órgano de Apelación se abstuvo de aplicar a la palabra "riesgo" la calificación de "idéntico o similar", mientras que empleó la expresión "las mismas o similares" para calificar la "enfermedad" y "las consecuencias biológicas y económicas". En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que la comparación de situaciones debe apuntar a las enfermedades o las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas que se plantean en las situaciones comparadas, pero no supone una comparación de niveles de riesgo. El Grupo Especial consideró que la primera condición de la comparabilidad que indicó el Órgano de Apelación requiere una evaluación de si las enfermedades de que se trata en las situaciones supuestamente comparables son efectivamente las mismas o similares. La segunda condición requiere una evaluación acerca de si las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas con las enfermedades son o no idénticas o similares. Dado que estas dos condiciones de la comparabilidad no son

⁸⁷ *Ibidem*, párrafo 217.

⁸⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 146.

⁸⁹ *Ibidem*, párrafo 152.

acumulativas, el Grupo Especial sólo pasaría a examinar la segunda de ellas si constataba que no se cumplía la primera⁹⁰.

En el asunto *Australia – Manzanas*, Nueva Zelandia controvertió supuestas diferencias en el nivel de protección alcanzado en la práctica por las medidas aplicadas por Australia en situaciones comparables, a pesar del nivel adecuado de protección declarado por este país con carácter genérico. Teniendo en cuenta esas circunstancias especiales, el Grupo Especial consideró apropiado abstenerse de un análisis detallado de los riesgos en el marco del primer elemento del criterio del artículo 5.5, y evaluar en relación con el segundo si existía alguna diferencia entre los niveles de protección alcanzados por las medidas aplicadas en las diferentes situaciones de que se trata. Consideró que, en efecto, el segundo elemento del criterio del artículo 5.5 se refiere a si alguna de las distinciones en el nivel adecuado de protección para diferentes situaciones es arbitraria o injustificable. Por lo tanto, el Grupo Especial decidió evaluar en relación con el segundo elemento del criterio del artículo 5.5 si Australia aplicaba medidas para alcanzar su nivel adecuado de protección declarado genéricamente de forma que daba lugar a distinciones arbitrarias o injustificables en la forma en que ese nivel se aplica a las situaciones cuya comparabilidad se había constatado. Si el Grupo Especial así lo comprobaba, completaría su análisis respecto del primer elemento del criterio del artículo 5.5 constatando que existían en efecto distinciones en los niveles adecuados de protección adoptados de hecho por Australia, a pesar de su nivel declarado genéricamente. Si había distinciones arbitrarias o injustificables en el nivel adecuado de protección aplicado de hecho, habría distinciones en los niveles adecuados de protección alcanzados por las medidas aplicadas por Australia en las situaciones comparables. De lo contrario, si el Grupo Especial constataba respecto del segundo

⁹⁰ Informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, párrafos 7.942-7.944.

elemento del criterio del artículo 5.5 que no había distinciones arbitrarias ni injustificables en el nivel adecuado de protección adoptado de hecho por Australia, no sería preciso completar el análisis actual del primer elemento, porque los tres elementos del artículo 5.5 son de carácter acumulativo⁹¹.

En el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, el Grupo Especial concluyó que el riesgo de que las bacterias *Salmonella*, *Campylobacter* y *Listeria* estén presentes tanto en los productos de aves de corral procedentes de China como en los procedentes de otros Miembros de la OMC, hizo que las situaciones diferentes (la importación de estos productos de China y de otros Miembros de la OMC) sean comparables⁹². El Grupo Especial reconoció que los Estados Unidos tienen la libertad para decidir cuál es su nivel adecuado de protección. Asimismo, aceptó que el nivel adecuado de protección estadounidense correspondiente a las aves de corral, en general, era el que se estipulaba en el artículo 466 de la Ley de inspección de productos avícolas (PPIA). Sin embargo, examinó si el nivel adecuado de protección aplicado de hecho por los Estados Unidos a los productos de aves de corral procedentes de China, era distinto del establecido en la PPIA⁹³. Con arreglo a los procedimientos normales, la importación de productos de aves de corral procedentes de un determinado país sólo se prohibía hasta que ese país hubiera demostrado que sus medidas sanitarias y fitosanitarias pudiesen lograr el nivel adecuado de protección estipulado en la PPIA. Sin embargo, los Estados Unidos prohibieron las importaciones de aves de corral procedentes de China en cualquier caso, independientemente de que China demostrara que sus medidas sanitarias y fitosanitarias podían lograr el nivel adecuado de protección expresado en la PPIA. Esta prohibición absoluta reflejó un nivel adecuado de

⁹¹ *Ibidem*, párrafos 7.985-7.987.

⁹² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.236.

⁹³ *Ibidem*, párrafo 7.244.

protección sustancialmente diferente de la prohibición condicionada de los procedimientos normales. Para probar que esas medidas sustancialmente diferentes eran necesarias a fin de lograr el mismo nivel adecuado de protección, los Estados Unidos tendrían que demostrar que los productos de aves de corral procedentes de China presentaban un riesgo mayor que los procedentes de otros Miembros de la OMC. Pero no lo hizo⁹⁴.

En cuanto al primer criterio, las directrices del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias estipulan lo siguiente:

La comparación de los niveles de protección en diferentes situaciones requiere que existan suficientes elementos comunes que los hagan comparables y debe realizarse caso por caso. En el caso de la preservación de los vegetales o de la protección de la salud de los animales contra las plagas y enfermedades, las situaciones podrán compararse si conllevan ya sea el riesgo de entrada, radicación o propagación de la misma enfermedad o de una enfermedad similar, o el riesgo de que se produzcan las mismas consecuencias biológicas y económicas conexas, o consecuencias similares. En el caso de la protección de la vida y la salud de las personas contra riesgos específicos como los riesgos transmitidos por los alimentos, o de la vida y la salud de los animales contra los riesgos transmitidos por los piensos, podrían compararse las situaciones relacionadas con el mismo tipo de sustancia o patógeno y/o el mismo tipo de efecto negativo para la salud.⁹⁵

Segundo criterio: diferencias arbitrarias o injustificables en su tratamiento

El grado de la diferencia entre los niveles de protección constituye solamente un tipo de factor que, junto a otros, puede llevar 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. La diferencia entre los niveles de protección que puede describirse como arbitraria o injustificable es solamente un elemento de prueba indirecta de que un Miembro pueda estar aplicando efectivamente una medida sanitaria o fitosanitaria de una manera que constituya una discriminación entre Miembros o una restricción encubierta del comercio

⁹⁴ *Ibidem*, párrafos 7.248-7.251.

⁹⁵ Véase documento G/SPS/15, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/work_and_doc_s.htm.

internacional, que está prohibida habida cuenta de las obligaciones básicas establecidas en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF⁹⁶.

En el asunto *Australia – Salmón*, el Grupo Especial observó que, aún cuando un experto científico tenga series completas de datos, es probable que no sea capaz de declarar con absoluta certeza que un producto representa un riesgo mayor que otro. Por lo tanto, un grupo especial no hace una comparación científica de los riesgos ni declara con certeza científica que un producto representa un riesgo mayor que otro producto. Solamente debe ponderar los testimonios presentados y declarar si puede presumirse que un producto representa más riesgos que el otro⁹⁷.

En el asunto *Australia – Manzanas*, el Grupo Especial adoptó el mismo enfoque para comparar el riesgo asociado a las peras nashi japonesas con el riesgo asociado a las manzanas neozelandesas bajo el segundo criterio del artículo 5.5⁹⁸. El Grupo Especial examinó siete factores diferentes de riesgo que las partes habían invocado a este respecto: (1) la facilidad de transmisión de las dos plagas (una plaga de más fácil transmisión presenta un riesgo mayor); (2) las posibles consecuencias biológicas y económicas de las plagas (las consecuencias más graves suponen un riesgo mayor); (3) la gama de plantas hospedantes (una gama más amplia de plantas hospedantes de una plaga da lugar a un riesgo mayor); (4) la presencia de las plagas en las zonas de exportación (una plaga que está presente en zonas de exportación genera un riesgo mayor); (5) la presencia de las plagas en Australia (las plagas que no están presentes en el país de importación pueden ser motivo de mayor preocupación); (6) el volumen del comercio (cuando aumenta el volumen del comercio también aumenta el riesgo); y (7) la eficacia de los controles en vigor en Australia

⁹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 240.

⁹⁷ Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón*, párrafo 8.126.

⁹⁸ Informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, párrafos 7.989-7.990.

respecto de las dos plagas en cuestión (si los controles ya en vigor también son eficaces contra una de las plagas de que se trata, los riesgos derivados de ella son menores)⁹⁹. Después de analizar la evidencia, el Grupo Especial concluyó que no contaba con pruebas suficientes para evaluar globalmente los riesgos del chancro del manzano y del peral en las manzanas neozelandesas en comparación con los riesgos globales de moniliosis en las peras nashi del Japón. En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que no podía continuar su análisis correspondiente al artículo 5.5 y que Nueva Zelandia no había demostrado el segundo elemento del criterio¹⁰⁰.

En el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, el Grupo Especial observó que, según el Órgano de Apelación, las constataciones relativas al sentido corriente de la expresión “arbitrario o injustificable” en el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994, son pertinentes y sirven de orientación para la interpretación de la expresión “discriminación arbitraria o injustificable” en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF. Consideró que son igualmente pertinentes a la interpretación de la obligación establecida en el artículo 5.5, por ser una enunciación más específica de la obligación básica establecida en el artículo 2.3. Por lo tanto, había que analizar la justificación de la distinción y si esa justificación guardaba una relación racional con el objetivo de las medidas. Para demostrar que la distinción en los niveles adecuados de protección no es arbitraria o injustificable en el sentido del artículo 5.5, un Miembro tendría que probar que en las situaciones comparables hay niveles de riesgo diferentes, lo cual requiere testimonios científicos¹⁰¹. Dado que la medida en litigio no se basó en una evaluación del riesgo y se mantuvo sin testimonios científicos suficientes, no existía ninguna justificación basada en principios

⁹⁹ *Ibidem*, párrafo 7.994.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párrafos 7.1043 y 7.1046.

¹⁰¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafos 7.260-7.263.

científicos y respaldada por testimonios científicos para la distinción en los niveles adecuados de protección. En consecuencia, la distinción en los niveles adecuados de protección fue “arbitraria o injustificable”¹⁰².

En cuanto al segundo criterio, las directrices del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias estipulan lo siguiente:

La determinación de si esas diferencias en los niveles adecuados de protección son arbitrarias o injustificables depende de cada caso en particular y se ha de realizar caso por caso. El establecimiento de niveles de protección diferentes para hacer frente a riesgos similares en diferentes situaciones puede plantear la cuestión de saber si las diferencias en los niveles son arbitrarias o injustificables¹⁰³.

Tercer criterio: discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional

Si una medida sanitaria o fitosanitaria no se basa en una evaluación de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, porque no ha habido ninguna evaluación del riesgo o porque la evaluación del riesgo ha sido insuficiente, constituye un indicio de que esta medida no tiene en realidad por objeto la protección de la vida y la salud de las personas y los animales o a la preservación de los vegetales, sino que es una “restricción encubierta del comercio internacional”. Así, la constatación de incompatibilidad con el artículo 5.1 constituye una señal de aviso apropiada de la existencia de una “restricción encubierta del comercio internacional”¹⁰⁴.

En el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, el Grupo Especial observó que el Grupo Especial en el asunto *Australia – Salmón* identificó tres “señales de aviso” que indican si la aplicación de distinciones en los niveles adecuados de protección en

¹⁰² *Ibidem*, párrafos 7.268-7.269.

¹⁰³ Véase documento G/SPS/15, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/work_and_doc_s.htm.

¹⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 166.

situaciones diferentes tiene por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional: (1) el carácter arbitrario e injustificable de las diferencias en los niveles de protección; (2) la diferencia “bastante sustancial” entre los niveles de protección; y (3) la incompatibilidad de la medida sanitaria o fitosanitaria con el artículo 5.1 y el artículo 2.2 del Acuerdo MSF¹⁰⁵. Sin embargo, observó que la presencia de las tres señales de aviso no significa necesariamente que la medida tiene por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio y que el análisis debe efectuarse atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso¹⁰⁶. En esta disputa, la primera señal fue la distinción arbitraria o injustificable en los niveles adecuados de protección. La segunda señal de aviso fue la diferencia sustancial entre la prohibición absoluta para las importaciones de China y la prohibición condicionada para los demás Miembros de la OMC. La tercera también estaba presente porque se había constatado la infracción del artículo 5.1 y el artículo 2.2 del Acuerdo MSF¹⁰⁷.

Además de las tres señales anteriores, el Grupo Especial consideró tres “factores adicionales”. Primero, recordó que en el asunto *Australia – Salmón* tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación consideraron que las diferencias sustanciales en las conclusiones alcanzadas en informes sucesivos emitidos con un solo año de diferencia por el gobierno del Miembro importador respecto de las medidas requeridas para hacer frente al riesgo percibido en una situación determinada, constituían un factor adicional que demostraba la discriminación. En el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, también existía esta señal, pues en 2006 los Estados Unidos concluyeron que el nivel de inocuidad de las aves de corral elaboradas chinas era suficiente para satisfacer el nivel

¹⁰⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.277.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párrafo 7.282.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párrafos 7.284-7.287.

adecuado de protección estadounidense, mientras que en 2008 el Congreso de los Estados Unidos reemplazó esa determinación por la constatación de que las aves de corral elaboradas chinas eran tan peligrosas que se hacía necesario impedir que se procediera a establecer y aplicar una norma que permitiese su importación. Segundo, el Grupo Especial consideró que el hecho de que la medida en litigio se aplicaba sólo a los productos de aves de corral procedentes de China fue discriminatorio por su propia naturaleza. Tercero, recordó la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Camarones*, que dictó que “la discriminación no solamente tiene lugar cuando países en los que prevalecen las mismas condiciones reciben un trato diferente, sino también cuando la aplicación de la medida en cuestión no permite ninguna investigación para determinar si el programa reglamentario es apropiado a las condiciones que prevalecen en esos países exportadores”. Asimismo, consideró que una prohibición que impide considerar la solicitud de determinación de la equivalencia de China constituyó el mismo tipo de medida. Por lo tanto, el Grupo Especial constató que la medida era incompatible con el artículo 5.5 del Acuerdo MSF¹⁰⁸.

En cuanto al tercer criterio, las directrices del Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias estipulan lo siguiente:

La determinación de si las diferencias arbitrarias o injustificables en los niveles de protección establecidos por un Miembro en diferentes situaciones tienen en efecto por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio deberá examinarse en el contexto de las circunstancias de cada caso, incluidos los posibles efectos sobre el comercio internacional. Aunque en la actualidad no exista una definición exacta de la expresión "discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional", la ocurrencia acumulativa de las siguientes "señales de aviso" podría indicar que existe una discriminación o una restricción encubierta del comercio:

- diferencias sustanciales en los niveles de protección que se consideren adecuados en diferentes situaciones;
- existencia de diferencias arbitrarias o injustificables en los niveles de protección que un Miembro considere adecuados en diferentes situaciones;
- ausencia de justificación científica para una medida sanitaria o fitosanitaria aplicada, supuestamente, con el fin de lograr el nivel adecuado de protección, o el hecho de que la

¹⁰⁸ *Ibidem*, párrafos 7.290-7.294.

medida no se base en una evaluación del riesgo adecuada a las circunstancias (bien porque no ha habido evaluación de riesgo, o bien porque esa evaluación ha sido insuficiente)¹⁰⁹.

Las directrices también señalan que “puede resultar útil comparar un nivel adecuado de protección propuesto con decisiones anteriores” y que “el Miembro deberá, en particular, comparar su medida propuesta con las aplicadas por otros Miembros para lograr un nivel similar de protección contra los riesgos”¹¹⁰.

(d) Restricción del comercio mayor del requerido

De acuerdo al artículo 5.6, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3.2, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica. Según la nota al pie 3 del Acuerdo MSF, a los efectos del artículo 5.6, una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea significativamente menos restrictiva del comercio.

Para establecer una infracción del artículo 5.6, el reclamante tiene que satisfacer tres condiciones acumulativas y demostrar que hay una medida alternativa: (1) razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; (2) con la que se consiga

¹⁰⁹ Véase documento G/SPS/15, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/work_and_doc_s.htm.

¹¹⁰ Véase documento G/SPS/15, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/work_and_doc_s.htm.

el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria; y (3) que es significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada¹¹¹.

Los grupos especiales y el Órgano de Apelación no han establecido un orden específico para analizar estas tres condiciones. En el asunto *Australia – Salmón*, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación analizaron la primera, la segunda y después la tercera condición¹¹². En el asunto *Japón – Productos agrícolas II*, el Grupo Especial analizó las condiciones primera y tercera antes de pasar a la segunda¹¹³. En el asunto *Australia – Salmón (párrafo 5 del artículo 21 – Canadá)*, el Grupo Especial primero examinó la segunda condición, por ser el más controvertido de los tres elementos, y después examinó las otras dos¹¹⁴.

En el asunto *Australia – Manzanas*, el Grupo Especial también decidió examinar primero la segunda condición y después examinó las otras dos¹¹⁵. Sin embargo, el Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con el enfoque del Grupo Especial bajo la segunda condición. Concluyó que el Grupo Especial se basó indebidamente en constataciones que había formulado en el marco del artículo 5.1 y no emitió una constatación positiva de que las medidas alternativas de Nueva Zelanda satisfarían el nivel adecuado de protección de Australia. Por lo tanto, su constatación en el marco del artículo 5.6 carecía de fundamento jurídico adecuado¹¹⁶.

¹¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafo 194. Véanse también Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 95 e Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón*, párrafo 8.182. Véase también Informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, párrafo 7.1098 e Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Manzanas*, párrafo 337.

¹¹² Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón*, párrafos 8.167-8.183 e Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Salmón*, párrafos 194-213.

¹¹³ Informe del Grupo Especial, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafos 8.72-8.104.

¹¹⁴ Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón (párrafo 5 del artículo 21 – Canadá)*, párrafos 7.127-7.152.

¹¹⁵ Informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, párrafo 7.1107.

¹¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Manzanas*, párrafos 354-358.

Los requisitos del artículo 5.6 son parecidos al análisis que la jurisprudencia del GATT y de la OMC ha aplicado al concepto de necesidad en los párrafos (a), (b) y (d) del artículo XX del GATT y en los párrafos (a), (b) y (d) del artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). En el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación explicó cómo funciona la carga de prueba en el contexto del párrafo (a) del artículo XIV del AGCS.

[C]orresponde a la parte demandada acreditar *prima facie* que su medida es “necesaria”, presentando pruebas y argumentos que permitan al grupo especial evaluar la medida impugnada a la luz de los factores pertinentes que se han de “sopesar y confrontar” en un caso concreto. Al hacerlo, la parte demandada puede señalar por qué las medidas alternativas no lograrían los mismos objetivos que la medida impugnada, pero no está obligada a hacerlo para demostrar, en primer lugar, que su medida es “necesaria”. En el caso de que el grupo especial llegue a la conclusión de que el demandado ha acreditado *prima facie* que la medida impugnada es “necesaria”...deberá concluir que la medida impugnada es “necesaria”....

No obstante, si la parte reclamante señala una medida alternativa compatible con las normas de la OMC que, a su juicio, debería haber adoptado la parte demandada, ésta deberá demostrar por qué la medida impugnada sigue siendo “necesaria” incluso teniendo en cuenta esa alternativa o, dicho de otra manera, por qué la alternativa propuesta no está, de hecho, “razonablemente a su alcance”. Si una parte demandada demuestra que la alternativa no está “razonablemente a su alcance”, teniendo en cuenta los intereses o valores que se persiguen y el nivel de protección deseado por la parte, de ello se desprende que la medida impugnada debe ser “necesaria”....¹¹⁷

En el contexto de las excepciones generales del GATT y del AGCS, es importante señalar que el demandado no tiene que probar un negativo; es decir, no tiene que probar que no existen alternativas a la medida que ha adoptado. El demandado debe demostrar que su medida es “necesaria” para lograr los objetivos del párrafo específico. Es decir, no necesita identificar el conjunto de medidas alternativas menos restrictivas del comercio y después demostrar que ninguna de ellas logra el objetivo perseguido¹¹⁸. En el artículo 5.6 del Acuerdo MSF, el análisis sobre si hay otra medida razonablemente disponible funciona de la misma manera. Es decir, el demandante tiene la carga de la prueba para establecer que hay otra medida razonablemente disponible que cumpla con los tres elementos cumulativos.

¹¹⁷ Estados Unidos – Juegos de azar, *Informe del Órgano de Apelación*, párrafos 310-311.

¹¹⁸ *Ibidem*, párrafo 309.

Una vez que el demandante haya establecido esto, el demandado tiene que probar por qué la otra medida no cumple con los tres elementos cumulativos. Entonces, aunque el artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS sean excepciones, y el artículo 5.6 sea una obligación, la carga de la prueba funcionará de la misma manera.

Los criterios para analizar la necesidad en el artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS son: (1) la “importancia relativa” de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada; (2) la contribución de la medida al logro de los fines que persigue; (3) la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional; y (4) si el Miembro interesado tiene razonablemente a su alcance una medida alternativa para lograr su fin, la cual sea compatible o menos incompatible con las obligaciones de la OMC¹¹⁹. Parece que el artículo 5.6 no contiene dos elementos del análisis de necesidad que se lleva a cabo en las excepciones generales del artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS: la importancia del valor protegido y la contribución de la medida al fin perseguido¹²⁰. No obstante, la importancia del valor protegido por los MSF es implícita. Este criterio surge de la jurisprudencia y la misma ha identificado la protección de la salud y la vida humana como vital y de la máxima importancia¹²¹. En el asunto *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, el Grupo Especial, en el contexto del artículo XX(b) del GATT, concluyó que la protección del medio ambiente no es menos importante (es decir, la protección de la salud y la vida de los animales y la preservación de los vegetales)¹²². El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial de que la protección del medio

¹¹⁹ Véanse los Informes del Órgano de Apelación en los asuntos *CE – Amianto*; *Corea – Carne vacuna*; *Estados Unidos – Juegos de azar*, *Brasil – Neumáticos recauchutados*; y *China – Publicaciones y productos audiovisuales*.

¹²⁰ Marceau, Gabrielle y Trachtman, Joel P., *op. cit.*, pp. 834 y 856.

¹²¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 172.

¹²² Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.108.

ambiente es un valor importante¹²³. El criterio de la contribución de la medida también es implícito. La cuestión de si hay una MSF alternativa con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro implica una comparación de la contribución de la MSF en litigio con la MSF alternativa.

(e) Medidas provisionales y el principio de cautela

En virtud del artículo 5.7, 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 aquella 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.

El artículo 5.7 del Acuerdo MSF constituye una exención cualificada de la obligación del artículo 2.2 de no mantener medidas sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes¹²⁴. Establece que un Miembro puede adoptar y mantener una medida sanitaria o fitosanitaria provisional si se cumplen cuatro requisitos:

- (1) se impone con respecto a una situación “cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”;
- (2) es adoptada “sobre la base de la información pertinente de que se disponga”;
- (3) el Miembro trata de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo; y
- (4) el Miembro revisa en consecuencia la medida en un plazo razonable.

¹²³ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 179.

¹²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 80.

Esos cuatro requisitos son acumulativos y son igualmente importantes a efectos de determinar la conformidad con esta disposición. Cuando uno de esos cuatro requisitos no se cumpla, la medida objeto de litigio será incompatible con el artículo 5.7¹²⁵.

La evaluación de si “los testimonios científicos pertinentes son insuficientes” no debe realizarse en abstracto, sino a la luz de una investigación específica. Los testimonios científicos pertinentes serán insuficientes en el sentido del artículo 5.7 si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, como requiere el artículo 5.1 y como se define en el Anexo A del Acuerdo MSF¹²⁶. La aplicación del artículo 5.7 no se activa por la existencia de incertidumbre científica, sino por la insuficiencia de testimonios científicos¹²⁷.

Existe un debate importante sobre la naturaleza del artículo 5.7. En el asunto *Japón – Productos agrícolas II*, el Grupo Especial asignó la carga de la prueba bajo el artículo 5.7 al demandante¹²⁸. En el asunto *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Grupo Especial consideró que el artículo 5.7 contiene un derecho autónomo, no una excepción, y por tanto el demandante tenía de carga de la prueba¹²⁹. Tomer Broude ha sugerido que los artículos 5.1 y 5.7 son obligaciones alternativas que constituyen aplicaciones específicas del artículo 2.2 del Acuerdo MSF. El artículo 5.1 es aplicable cuando existen testimonios científicos suficientes para hacer una evaluación adecuada de los riesgos, y el artículo 5.7 es aplicable cuando no existen testimonios científicos suficientes para ese fin¹³⁰.

¹²⁵ *Ibidem*, párrafo 89.

¹²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Manzanas*, párrafo 179.

¹²⁷ *Ibidem*, párrafo 184.

¹²⁸ Informe del Grupo Especial, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafos 8.13 y 8.58.

¹²⁹ Informe del Grupo Especial, *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*.

¹³⁰ Véase Broude, Tomer, *op. cit.*

El Acuerdo MSF no estipula requisitos previos explícitos en relación con la información adicional que debe obtenerse, o acerca de un procedimiento específico de obtención de la misma. Mientras el artículo 5.7 no especifica qué resultados deben alcanzarse en cuanto a los hechos para cumplir con la obligación de “tratar de obtener” información adicional, ésta debe intentarse de obtener para permitir que los Miembros realicen “una evaluación más objetiva del riesgo”. Por consiguiente, la información buscada debe facilitar efectuar esa evaluación del riesgo¹³¹. El contexto de la primera frase del artículo 5.7 indica que el término “información pertinente” es más amplio que el término “testimonios científicos pertinentes”. De un lado, se ha sugerido que podrían incluirse las deliberaciones públicas y otras fuentes de información sobre los valores públicos relativos al riesgo bajo consideración¹³². De otro lado, se ha advertido que los argumentos basados en el proceso democrático son incompatibles con tratados vinculantes; por lo tanto, sería preferible tener en cuenta los valores públicos bajo la excepción de las medidas necesarias para proteger la moral pública en el artículo XX(a) del GATT¹³³.

Lo que se entiende por “plazo razonable” debe determinarse caso por caso y en función de las circunstancias específicas de cada situación, especialmente de la dificultad de obtener la información adicional necesaria¹³⁴. Se ha sugerido que los procesos nacionales para la evaluación de riesgos deben tenerse en cuenta para determinar un plazo

¹³¹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 92.

¹³² Winickoff, David, Jasanoff, Sheila, Busch, Lawrence, Grove-White, Robin, Wynne, Brian, “Adjudicating the GM Food Wars: Science, Risk, and Democracy in World Trade Law”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 30, No. 81, 2005, p. 114.

¹³³ Davies, Gareth, T., “Morality Clauses and Decision-Making in Situations of Scientific Uncertainty: The Case of GMOs”, *World Trade Review*, Vol. 6, No. 2, 2007, p. 249.

¹³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 93.

razonable, incluyendo el tiempo que se necesita para permitir la participación pública en el proceso¹³⁵.

En el asunto *CE – Hormonas*, el Órgano de Apelación consideró la aplicabilidad del principio de cautela. Después de notar que la condición jurídica del principio de cautela en el derecho internacional sigue siendo objeto de debate, consideró innecesario tomar posición sobre esta cuestión. Sin embargo, notó que ese principio no había sido incluido en el texto del Acuerdo MSF como un motivo que justifique las medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en las disposiciones del Acuerdo. Además, consideró que el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado en el artículo 5.7, en el sexto párrafo del preámbulo y en el artículo 3.3 del Acuerdo MSF. También consideró que se 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 para la salud de los seres humanos, por ejemplo la terminación de la vida,. No obstante, el Órgano de Apelación consideró que 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 de derecho internacional consuetudinario normalmente aplicables a la interpretación de los tratados en su lectura de las disposiciones del Acuerdo MSF. Concluyó que el principio de cautela no prevalece sobre las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF¹³⁶.

¹³⁵ Winickoff, David, et. al., *op. cit.*

¹³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafos 123-125.

8. Adaptación a las condiciones regionales (artículo 6)

En virtud del artículo 6.1 del Acuerdo MSF, los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se adapten a las características sanitarias o fitosanitarias de las zonas de origen y de destino del producto, ya sea que se trate de todo un país, de parte de un país o de la totalidad o partes de varios países. Al evaluar las características sanitarias o fitosanitarias de una región, los Miembros tendrán en cuenta, entre otras cosas, el nivel de prevalencia de enfermedades o plagas concretas, la existencia de programas de erradicación o de control, y los criterios o directrices adecuados que puedan elaborar las organizaciones internacionales competentes.

Según el artículo 6.2, los Miembros reconocerán, en particular, los conceptos de zonas libres de plagas o enfermedades y zonas de escasa prevalencia de plagas o enfermedades. La determinación de tales zonas se basará en factores como la situación geográfica, los ecosistemas, la vigilancia epidemiológica y la eficacia de los controles sanitarios o fitosanitarios. De acuerdo al artículo 6.3, los Miembros exportadores que afirmen que zonas situadas en sus territorios son zonas libres de plagas o enfermedades o de escasa prevalencia de plagas o enfermedades, aportarán las pruebas necesarias para demostrar objetivamente al Miembro importador que eso es cierto, y que no es probable que varíen. A tales efectos, se facilitará un acceso razonable para inspecciones, pruebas y demás procedimientos pertinentes al Miembro importador que lo solicite.

9. Equivalencia (artículo 4)

El artículo 4.1 dispone que los Miembros aceptarán como equivalentes las medidas sanitarias o fitosanitarias de otros Miembros, aún cuando difieran de las suyas propias o de las utilizadas por otros Miembros que comercien con el mismo producto, si el Miembro

exportador demuestra objetivamente al Miembro importador que sus medidas logran el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro importador. El Comité MSF ha adoptado una Decisión sobre la Implementación del Artículo 4¹³⁷. Si el Miembro exportador lo pide, el Miembro importador tiene la obligación de explicar el objetivo de la medida MSF, identificar claramente los riesgos a los cuales va dirigida, e indicar el nivel apropiado de protección que la medida quiere lograr. Además, si el Miembro importador se lo pide, el Miembro exportador tiene que dar acceso razonable a su sistema de inspección, verificación y otros procedimientos, para poder reconocer esos procedimientos como equivalentes a los del Miembro importador.

10. Transparencia (artículo 7)

El artículo 7 del Acuerdo MSF impone la obligación de notificar las modificaciones de medidas sanitarias o fitosanitarias y de facilitar información sobre las medidas sanitarias o fitosanitarias de conformidad con las disposiciones del Anexo B. El objeto y la finalidad del párrafo 1 del Anexo B es “que los Miembros interesados puedan conocer el contenido” de las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias adoptadas o mantenidas por otros Miembros, y aumentar así la transparencia en lo que respecta a esas medidas. La lista de instrumentos contenidos en la nota al párrafo 1 del Anexo B no es exhaustiva. El ámbito de aplicación de la prescripción de publicación no se limita a “leyes, decretos u órdenes”, sino que incluye otros instrumentos que son aplicables por lo general, y que tienen carácter similar a los instrumentos mencionados explícitamente en la lista ilustrativa de la nota al párrafo 1 del Anexo B¹³⁸. En el contexto del párrafo 5 del Anexo B, en el asunto *Japón* –

¹³⁷ Véanse los documentos G/SPS/19, G/SPS/19/Add.1 y Add.2, G/SPS/20, G/SPS/19/Add.3 y G/SPS/19/Rev.2, disponibles en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/work_and_doc_s.htm.

¹³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafos 105-106.

Manzanas, el Grupo Especial consideró que el criterio más importante para determinar si una modificación debe notificarse es si dicha modificación afecta las condiciones de acceso al mercado. Incumbe al demandante presentar pruebas sobre este criterio para establecer un caso *prima facie* de una violación del artículo 7 y del Anexo B¹³⁹.

11. Procedimientos de control, inspección y aprobación (artículo 8)

El artículo 8 del Acuerdo MSF dispone que los Miembros observarán las disposiciones del Anexo C al aplicar procedimientos de control, inspección y aprobación, con inclusión de los sistemas nacionales de aprobación del uso de aditivos o de establecimiento de tolerancias de contaminantes en los productos alimenticios, en las bebidas o en los piensos, y se asegurarán en lo demás de que sus procedimientos no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo. En el asunto *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, el Grupo Especial consideró que el párrafo 1 (c) del Anexo C sólo se aplica a los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias o fitosanitarias. No se aplica a las medidas sanitarias o fitosanitarias sustantivas en sí¹⁴⁰. En el asunto *Australia – Manzanas*, el Órgano de Apelación llegó a una conclusión parecida¹⁴¹. Observó que la obligación que se establece en el párrafo 1 a) del Anexo C exige que los Miembros inicien y ultimen determinados procedimientos sin demoras indebidas. No obstante, mientras los procedimientos son el objetivo directo de la obligación pertinente, de ello no se infiere que haya que excluir la posibilidad de que otros tipos de medidas sean el objetivo adecuado de una alegación de incompatibilidad con el párrafo 1 a)

¹³⁹ Informe del Grupo Especial, *Japón – Manzanas*, párrafos 8.314-8-318.

¹⁴⁰ Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón (Artículo 21.5 – Canadá)*, párrafos 7.154-7.157.

¹⁴¹ Informe de Órgano de Apelación, *Australia – Manzanas*, párrafos 435-436.

del Anexo C y el artículo 8. La obligación puede incumplirse mediante medidas distintas de los propios procedimientos de control, inspección y aprobación, tales como medidas que prohíban o impidan iniciar y ultimar esos procedimientos sin demoras indebidas, o constituyan un obstáculo para hacerlo, u omisiones consistentes en no actuar sin demoras indebidas¹⁴².

En el asunto *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, el Grupo Especial dividió su análisis así: (1) examinar qué significa “procedimientos de control, inspección y aprobación”; (2) determinar si los procedimientos en este caso constituyeron “procedimientos de control, inspección y aprobación” en el sentido del párrafo 1 del Anexo C del Acuerdo MSF; y (3) en caso afirmativo, examinar si la medida tuvo por efecto causar una demora indebida en la aplicación de los procedimientos ordinarios a los productos de aves de corral chinos, incumpliendo los requisitos establecidos en el apartado a) del párrafo 1 del Anexo C del Acuerdo MSF, y por lo tanto incompatible con el artículo 8 del Acuerdo MSF¹⁴³. En este caso, el proceso de determinación de la equivalencia, que incluye el establecimiento y la aplicación de una norma que permite la importación de productos de aves de corral procedentes de un país específico, fue el único medio en virtud del cual cualquier país podrá exportar aves de corral y productos de aves de corral a los Estados Unidos¹⁴⁴. El Grupo Especial concluyó que este proceso de determinación de la equivalencia era un “procedimiento de aprobación”, en el sentido del párrafo 1 del Anexo C¹⁴⁵. Al prohibir el “establecimiento y aplicación de una norma”, la medida en litigio eliminó toda posibilidad de “ultimación” del proceso de determinación de la equivalencia,

¹⁴² *Ibidem*, párrafo 438.

¹⁴³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Aves de corral (China)*, párrafo 7.356.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 7.368.

¹⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 7.377.

el cual debe caracterizarse como una “demora indebida” en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del Anexo C del Acuerdo MSF¹⁴⁶. Para examinar si la demora causada por la medida tenía alguna justificación legítima, el Grupo Especial consideró los argumentos de las partes relativos a la “necesidad” bajo el Artículo XX(b) del GATT de 1994. El Grupo Especial recordó sus constataciones anteriores sobre la incompatibilidad de la medida con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF, por no estar basado en una evaluación del riesgo y mantenerse sin testimonios científicos suficientes. Recordó también sus constataciones de que no había principios científicos que justifiquen la distinción en los niveles adecuados de protección aplicados al riesgo y que, en consecuencia, esta distinción era arbitraria o injustificable en el sentido del artículo 5.5 del Acuerdo MSF. Concluyó que no podría justificarse la demora en la ultimación de los procedimientos de aprobación sobre la base de los argumentos ya rechazados¹⁴⁷. Por lo tanto, el Grupo Especial constató que la medida, al no respetar las disposiciones del apartado a) del párrafo 1 del Anexo C del Acuerdo MSF, era incompatible con el artículo 8¹⁴⁸.

12. Asistencia técnica (artículo 9)

Según el artículo 9.1 del Acuerdo MSF, los Miembros convienen en facilitar la prestación de asistencia técnica a otros Miembros, especialmente a los países en desarrollo, de forma bilateral o por conducto de las organizaciones internacionales competentes. Tal asistencia podrá prestarse, entre otras, en las esferas de tecnologías de elaboración, investigación e infraestructura con inclusión del establecimiento de instituciones

¹⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 7.385.

¹⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 7.391.

¹⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 7.396.

normativas nacionales, y podrá adoptar la forma de asesoramiento, créditos, donaciones y ayudas a efectos, entre otros, de procurar conocimientos técnicos, formación y equipo para que esos países puedan adaptarse y atenerse a las medidas sanitarias o fitosanitarias necesarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria en sus mercados de exportación.

El artículo 9.2 establece que cuando sean necesarias inversiones sustanciales para que un país en desarrollo Miembro exportador cumpla las prescripciones sanitarias o fitosanitarias de un Miembro importador, éste último considerará la posibilidad de prestar la asistencia técnica necesaria para que el país en desarrollo Miembro pueda mantener y aumentar sus oportunidades de acceso al mercado para el producto de que se trate.

13. Trato especial y diferenciado (artículo 10)

El artículo 10.1 dispone que, al elaborar y aplicar las medidas sanitarias o fitosanitarias, los Miembros tendrán en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo, y en particular aquellas de los países menos adelantados. Posteriormente, el artículo 10.2 determina que cuando el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria permita el establecimiento gradual de nuevas medidas, deberán concederse plazos más largos para su cumplimiento con respecto a los productos de interés para los países en desarrollo con la intención de mantener sus oportunidades de exportación. Normalmente el plazo es de un mínimo de seis meses¹⁴⁹.

En virtud del artículo 10.3, y con objeto de asegurarse de que los países en desarrollo Miembros puedan cumplir las disposiciones del Acuerdo MSF, se faculta al Comité para autorizar a tales países, previa solicitud, a excepciones especificadas y de

¹⁴⁹ Véase el documento WT/MIN(01)/17, para. 3.1.

duración limitada, totales o parciales, al cumplimiento de las obligaciones dimanantes del presente Acuerdo, teniendo en cuenta sus necesidades en materia de finanzas, comercio y desarrollo.

14. Consultas y solución de diferencias (artículo 11)

El ESD se aplica a la celebración de consultas y a la solución de diferencias en el marco del Acuerdo MSF, de acuerdo al artículo 11.1 del Acuerdo MSF.,. Sin embargo, el artículo 11.2 del Acuerdo MSF dicta que, cuando se planteen cuestiones de carácter científico o técnico, el grupo especial correspondiente deberá pedir asesoramiento a expertos por él elegidos en consulta con las partes en la diferencia. A tal fin, el grupo especial podrá, cuando lo estime apropiado, establecer un grupo asesor de expertos técnicos o consultar a las organizaciones internacionales competentes, a petición de cualquiera de las partes en la diferencia o por iniciativa propia¹⁵⁰. El grupo especial tiene la libertad de consultar a los expertos individuales, en lugar de un grupo, en cuyo caso también puede establecer sus propios procedimientos para la selección de esos expertos¹⁵¹. Corresponde al Grupo Especial decidir sobre el número de expertos de acuerdo con las circunstancias específicas de la diferencia, los conocimientos especializados necesarios y las limitaciones que hay, teniendo en cuenta que el artículo 3.3 del ESD obliga al Grupo Especial a procurar la pronta solución de la diferencia¹⁵². Las Normas de Conducta para la aplicación del ESD son aplicables a los expertos, por lo cual “serán independientes e imparciales, evitarán todo

¹⁵⁰ Sobre los procedimientos para establecer el grupo de expertos, véanse Informe del Grupo Especial, *CE – Hormonas*, párrafos 6.6-6.7, Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón*, párrafos 6.2-6.3, Informe del Grupo Especial, *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 6.2 e Informe del Grupo Especial, *Australia – Salmón* (Artículo 21.5 – Canadá), párrafo 6.2.

¹⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 148.

¹⁵² Informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, párrafo 7.20.

conflicto de intereses directo o indirecto”¹⁵³. Al seleccionar a los expertos, los grupos especiales deben considerar “si hay un fundamento objetivo para concluir que la independencia o imparcialidad de un experto puede verse afectada o si hay dudas justificables de la independencia o imparcialidad de ese experto”¹⁵⁴. Los grupos especiales tienen las facultades investigadoras significativas en virtud del artículo 13 del ESD y el artículo 11.2 del Acuerdo MSF y el amplio margen de discrecionalidad para ejercerlas¹⁵⁵. Varios grupos especiales han seguido la práctica de dar a las partes la oportunidad de formular observaciones sobre las preguntas a los expertos propuestas por el grupo especial y de sugerir preguntas adicionales¹⁵⁶. Sin embargo, el Grupo Especial es responsable de decidir la forma definitiva de las preguntas que formularía a los expertos¹⁵⁷. Cuando cada parte puede hacer sus propias preguntas, formular observaciones sobre las respuestas dadas por los expertos y hacer preguntas ulteriores a los expertos en una reunión con el grupo especial, la posición respectiva de las partes en el procedimiento y el debido proceso no se ven perjudicados por la formulación específica de una pregunta planteada por un grupo especial a los expertos¹⁵⁸.

Finalmente, el Acuerdo MSF no menoscabará los derechos que asistan a los Miembros en virtud de otros acuerdos internacionales, con inclusión del derecho de recurrir a los buenos oficios o a los mecanismos de solución de diferencias de otras organizaciones internacionales o establecidos en virtud de un acuerdo internacional, dicta el artículo 11.3. .

¹⁵³ *Ibidem*, párrafo 7.24.

¹⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 454.

¹⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 439.

¹⁵⁶ Informes de los Grupos Especiales, *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.26; *Japón – Manzanas*, párrafo 6.2; *Australia – Salmón*, párrafo 6.4; *Japón – Productos agrícolas II*, párrafo 6.2; y *Australia – Manzanas*, párrafo 757.

¹⁵⁷ Informe del Grupo Especial, *Australia – Manzanas*, párrafo 757.

¹⁵⁸ *Ibidem*, párrafo 767.

15. Administración (artículo 12)

El artículo 12 establece un Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, así como sus funciones. Dicho Comité adopta sus decisiones por consenso. También tiene la obligación de mantenerse en estrecho contacto con las organizaciones internacionales competentes en materia de protección sanitaria y fitosanitaria, en particular la Comisión del Codex Alimentarius, la Oficina Internacional de Epizootias y la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria; esto con el objeto de lograr el mejor asesoramiento científico y técnico que pueda obtenerse a efectos de la administración del Acuerdo, y de evitar toda duplicación innecesaria de la labor.

16. Aplicación y entidades no gubernamentales (artículo 13)

Los Miembros son plenamente responsables de la observancia de todas las obligaciones estipuladas en el Acuerdo, dice el artículo 13 del Acuerdo MSF. Los Miembros elaborarán y aplicarán medidas y mecanismos positivos que favorezcan la observancia de las disposiciones del presente Acuerdo por las instituciones que no sean del gobierno central. Además, los Miembros tomarán las medidas razonables que estén a su alcance para asegurarse de que las entidades no gubernamentales existentes en su territorio, así como las instituciones regionales de que sean miembros las entidades competentes existentes en su territorio, cumplan las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo. Los Miembros no adoptarán medidas que tengan por efecto obligar o alentar directa o indirectamente a esas instituciones regionales o entidades no gubernamentales, o a las instituciones públicas locales, a actuar de manera incompatible con las disposiciones del Acuerdo MSF. Los Miembros se asegurarán de que para la aplicación de las medidas

sanitarias o fitosanitarias, sólo se recurra a los servicios de entidades no gubernamentales si aquéllas se atienen a las disposiciones del Acuerdo MSF.

17. Resumen de puntos claves

1. Hay dos criterios para que una medida sea sujeta al Acuerdo MSF: (1) es una medida sanitaria o fitosanitaria y (2) afecta, directa o indirectamente, al comercio internacional.

2. El Miembro tiene la obligación de determinar el nivel adecuado de protección con suficiente precisión (el objetivo). Esta determinación precede la selección de la medida sanitaria o fitosanitaria (el instrumento para conseguir ese objetivo). El nivel de protección determina la medida sanitaria o fitosanitaria y no *viceversa*.

3. Si hay conflicto entre el GATT y el Acuerdo MSF, prevalece el Acuerdo MSF. Si no hay conflicto, ambos acuerdos pueden aplicarse. El análisis basado en el Acuerdo MSF debe preceder el examen basado en el GATT. En particular, la cuestión de si una medida sanitaria o fitosanitaria es “necesaria” debe determinarse primero con arreglo a las disposiciones del Acuerdo MSF. No obstante, la jurisprudencia sobre el apartado (b) del artículo XX del GATT podría ser una fuente de útiles orientaciones en la interpretación del Acuerdo MSF. Si la medida de que se trate es una medida sanitaria o fitosanitaria, el Acuerdo MSF es aplicable y no el Acuerdo OTC.

4. El requisito de los “testimonios científicos suficientes” del artículo 2.2 y el requisito de una evaluación del riesgo en el artículo 5.1 deben leerse conjuntamente. El artículo 5.1 es una aplicación específica del artículo 2.2.

5. El artículo 2.2 exige una relación racional u objetiva entre la medida sanitaria o fitosanitaria y los testimonios científicos. Si la medida es “claramente desproporcionada” con respecto al riesgo identificado sobre la base de los testimonios científicos disponibles,

puede no existir esta “relación racional u objetiva”. El artículo 5.7 es una exención cualificada de esa obligación, que permite a los Miembros adoptar medidas sanitarias o fitosanitarias provisionales cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes y se cumplan ciertos otros requisitos.

6. Es necesario probar tres elementos cumulativos para establecer una violación del artículo 2.3: (1) la medida discrimina entre los territorios de los otros Miembros, o entre el territorio del Miembro que impone la medida y el territorio de otro Miembro; (2) la discriminación es arbitraria o injustificable; y (3) prevalecen condiciones idénticas o similares en el territorio del otro Miembro comparado.

7. El artículo 3 establece tres opciones para establecer una medida sanitaria o fitosanitaria: (1) que esté “basada en” una norma internacional existente que sea pertinente; (2) que esté “en conformidad con” normas internacionales (en cuyo caso se presume compatible con el Acuerdo MSF y el GATT); o (3) su propio nivel de protección sanitaria, que pueda ser superior al que implica la norma internacional, cumpla determinados requisitos (lo cual es un derecho autónomo).

8. Una evaluación del riesgo puede ser realizada por (1) el Miembro que adopta la medida; (2) otro Miembro; o (3) una organización internacional. El riesgo debe ser verificable y “probable”, no simplemente “posible”. La evaluación de la probabilidad puede expresarse en términos cuantitativos o cualitativos. Una evaluación del riesgo debe poner en relación la probabilidad de que se produzcan efectos perjudiciales específicos con un antecedente o causa específico. Un Miembro puede determinar que su propio nivel adecuado de protección sea el “riesgo cero”, mientras haya una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo. Los gobiernos pueden actuar de buena fe sobre la base de una opinión discrepante procedente de fuentes competentes y respetadas.

9. Hay una violación del artículo 5.5 si existen tres elementos acumulativos: (1) el Miembro que impone la medida objeto de la queja adopta sus propios niveles de protección sanitaria contra los riesgos para la vida o la salud humanas en varias situaciones diferentes; (2) esos niveles de protección presentan diferencias arbitrarias o injustificables en su tratamiento de situaciones diferentes; y (3) las diferencias arbitrarias o injustificables producen discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional.

10. Hay tres elementos cumulativos para establecer la existencia de una violación del artículo 5.6: (1) que haya una MSF razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica económica; (2) que haya una MSF con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro; y (3) que haya una MSF que sea significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada.

11. Un Miembro puede adoptar y mantener una medida sanitaria o fitosanitaria provisional si se cumplen cuatro requisitos: (1) se impone con respecto a una situación “cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”; (2) es adoptada “sobre la base de la información pertinente de que se disponga”; (3) el Miembro trata de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo; y (4) el Miembro revisa en consecuencia la medida en un plazo razonable.