

EL PRINCIPIO DE PRECAUCION Y EL ARTICULO 5.7 DEL ACUERDO SOBRE LA APLICACION DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS DE LA ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO

Karina Ramírez Díaz*

Resumen: Uno de los debates que ha acompañado la implementación del Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSyF) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha girado en torno al margen de acción que tendrían los Miembros en situaciones de incertidumbre científica, planteándose si en las disposiciones del tratado habría cabida para el principio de precaución y, de ser así, cómo permearía las obligaciones dimanantes del Acuerdo. Este trabajo tiene como propósito analizar el artículo 5.7 del Acuerdo MSyF, a partir de las interpretaciones desarrolladas por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, determinando su naturaleza jurídica, supuestos de aplicación y consecuencias derivadas de la interpretación, toda vez que en esa disposición se refleja un enfoque precautorio.

Palabras clave: OMC, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, artículo 5.7, principio de precaución

* Doctora en Derecho y DEA en Derecho y Relaciones Internacionales por la Universidad de Barcelona (UB), España; Abogado y Especialista en Propiedad Intelectual por la Universidad de Los Andes (ULA), Venezuela. Profesora Titular de la Universidad de Los Andes, Núcleo “Rafael Rangel” – Investigadora del Centro de Investigaciones Agrícolas, Biológicas, Educativas y Sociales (CIABES-ULA). Trujillo, Venezuela. Correo electrónico: karinara@yahoo.com – karinara@ula.ve

I. INTRODUCCION

El Acuerdo MSyF, introducido en la Ronda Uruguay del GATT¹ de la mano de las negociaciones para la liberalización del comercio de productos agrícolas, tiene importantes implicaciones en las prerrogativas de

¹ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, conocido por sus siglas del inglés *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT. En alguna literatura, el uso de las expresiones GATT o Acuerdo General para referirse al Acuerdo General sobre Aranceles Aduanero y Comercio, puede tener un matiz diferenciador, en el entendido de que la expresión GATT es utilizada tanto para aludir al conjunto de principios, reglas y obligaciones previstas en el texto, como para hacer referencia al marco institucional de hecho surgido a raíz de la suscripción del Acuerdo General

El Principio de Precaución y el Artículo 5.7 del Acuerdo sobre MSF de la OMC
Karina Ramírez Díaz

los Estados en sus potestades legislativas o reglamentarias dirigidas a la protección de la vida, salud o seguridad humana, animal o vegetal mediante medidas sanitarias o fitosanitarias, ya que establece obligaciones para los Miembros de la OMC que se traducen en la adopción de políticas, prácticas y procedimientos específicos en el proceso de elaboración y aplicación de esa categoría de medidas.²

Con el Acuerdo MSyF, la justificación científica de la medida fue incorporada como principal disciplina para distinguir entre aquellas medidas sanitarias o fitosanitarias legítimas de las que no lo son, en el entendido de que para que una medida de un Miembro de la OMC supere una revisión a la luz de ese tratado requiere de “base científica suficiente”, pudiéndose afirmar que con esa nueva exigencia el Acuerdo MSyF da un paso adelante respecto del principio de no-discriminación comercial característico del régimen multilateral del comercio previo a los resultados de la Ronda Uruguay, ya que la incompatibilidad de la normativa nacional puede sobrevenir incluso con prescindencia de su carácter discriminatorio o proteccionista.

La disciplina relativa a la base o justificación científica de la medida se configura principalmente mediante dos disposiciones del tratado: el artículo 2, párrafo 2 (Art. 2.2) y el artículo 5, en su párrafo 1, en concordancia con sus párrafos 2 y 3 (Arts. 5.1, 5.2 y 5.3). En virtud de la primera se requiere que las medidas sanitarias o fitosanitarias nacionales estén basadas en principios científicos y que no se mantengan sin testimonios científicos suficientes, en tanto que la segunda establece la obligación para los Miembros de asegurarse que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación de riesgos.

Ahora bien, con la incorporación de ese conjunto de obligaciones se han elevado al ámbito del régimen internacional multilateral del comercio las mismas discusiones de relativa vieja data en algunos contextos nacionales y supranacionales, y que atienden principalmente al cuestionamiento del papel preponderante, exclusivo o excluyente, que debe desempeñar el conocimiento científico como criterio para decidir sobre

y que sirvió de foro de negociaciones para la liberalización del comercio internacional así como de foro para la solución de controversias por cerca de media centuria -1947/1994-, empleándose la expresión GATT para aludir al marco institucional y la expresión Acuerdo General para hacer referencia al texto jurídico.

² Siguiendo las definiciones técnico-legales que operan en el marco del Acuerdo MSyF, se entiende por “medidas sanitarias,” cualquier medida jurídicamente vinculante que tenga por objeto o finalidad la protección de la salud o vida de las personas o animales contra riesgos de plagas o enfermedades o contra riesgos por alimentos; mientras que por “medidas fitosanitarias” se entenderá a aquellas jurídicamente vinculantes cuyo objeto de protección se enfoque en la preservación de los vegetales contra riesgos de plagas o enfermedades.

la legitimidad de las decisiones nacionales relativas a la protección de la salud pública mediante medidas sanitarias o fitosanitarias.

Esta discusión se fundamenta en la idea de que el conocimiento científico que informa al proceso de regulación de riesgo no es por sí mismo determinante de los resultados de tal proceso, toda vez que en él participan otros factores - políticos, económicos y culturales, valores sociales entendidos en un sentido amplio-, siendo la evaluación conjunta de todos esos elementos los que, en definitiva, conducen a la decisión de adoptar el nivel de riesgo aceptable y las opciones normativas necesarias para asegurarlo.

Entre las diversas interrogantes que han surgido y avivan el debate se destaca aquella que refiere al margen de acción que tendrían los Miembros en situaciones de incertidumbre científica. Escenario este de los más complejos en el proceso de regulación de riesgos, en el entendido de que los gobiernos normalmente no pueden asumir una posición de “esperar y ver” en situaciones en las que la información científica es insuficiente respecto de un riesgo o de su agente. En este último sentido, la cuestión que se ha planteado es si en el Acuerdo MSyF habría lugar para el principio de cautela o de precaución y, de ser así, cómo este principio permearía las obligaciones dimanantes del Acuerdo.

El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en la primera oportunidad que tuvo de conocer un caso enmarcado en ese tratado – el caso CE – Hormonas³–, expresó que el principio de cautela o precaución se refleja en el artículo 5.7, el que textualmente dispone:

Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los miembros tratarán de obtener información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.⁴

Siendo así y a partir de la estructura del conjunto de obligaciones del Acuerdo MSyF relativas a la justificación científica de la medida (Arts. 2.2. y 5.1., 5.2. y 5.3), la aplicabilidad del artículo 5.7 se hace depender de la insuficiencia de los testimonios científicos y, en consecuencia, se entiende que subyacente al criterio que permitiría determinar tal insuficiencia, está el cuestionamiento sobre qué justifica y cuándo

³ Informe del Grupo Especial de fecha 18 de agosto de 1997, Doc. WT/DS26/R y WT/DS48/R, e Informe del Órgano de Apelación de fecha 16 de enero de 1998, Doc. WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*. Título abreviado *CE – Hormonas*.

⁴ Informe del Órgano de Apelación, caso *CE – Hormonas*, párrafo 124.

se justifica la adopción de una medida amparada por el principio de cautela que, a juicio del Órgano de Apelación, se refleja en esa disposición.

A esas interrogantes atiende el objetivo del presente trabajo, siguiendo para ello la interpretación desarrollada por el OSD de la OMC. A tal efecto, el documento ha sido organizado en cinco secciones, incluyendo esta introducción. La segunda sección se refiere a cómo se configura el principio de precaución en el Acuerdo MSyF. En la tercera sección se trata la naturaleza jurídica del artículo 5.7. En la cuarta sección se lleva a cabo el análisis de los distintos supuestos de aplicación del mismo. Finalmente, en la quinta y última sección se plantean algunas consideraciones finales sobre la interpretación dada en el marco de solución de diferencias.

II. CONFIGURACION DEL PRINCIPIO DE PRECAUCION EN EL ACUERDO MSYF

El principio de cautela o de precaución -en términos ampliamente aceptados no obstante sus difusos contornos conceptualizadores- funciona como criterio que permite a los gobiernos actuar precautoriamente en situaciones potencialmente amenazadoras para el ambiente o la salud pública cuando la información científica disponible es insuficiente, poco concluyente o incierta.⁵

En el régimen multilateral del comercio, se entiende que el principio de precaución -a pesar de las particularidades jurídicas del mismo derivadas de la falta de consenso internacional con respecto a su estatus jurídico y a la ausencia de una definición unánime- se encuentra referido de forma indirecta en el Acuerdo MSyF, siendo que el propio OSD expresara que dicho principio se refleja en el artículo 5.7, en virtud del cual se admite la adopción de medidas sanitarias o fitosanitarias provisionales cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes.

En el mismo sentido, el OSD ha señalado que el principio de cautela no se agota en esa disposición, refiriendo también el párrafo sexto del Preámbulo y el párrafo 3 del artículo 3 (Art. 3.3) del tratado, los que

⁵ Procedente de la política medioambiental alemana, el principio de precaución se incorpora al Derecho Internacional a través de diversos tratados sobre protección y conservación del medio ambiente. Así, en la década de los '80 del siglo XX comienza a referirse de manera implícita en la Carta Mundial de la Naturaleza -aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982- y de forma explícita en la Declaración Ministerial sobre la protección del Mar del Norte de 1987; posteriormente y de forma casi sistemática, es incorporado en distintos textos internacionales -siempre relativos al medio ambiente- entre los que hay que destacar la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, los Convenios sobre Cambio Climático y Diversidad Biológica de 1992 y el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad del año 2000 (OANTA. G. A.: «El alcance del principio de precaución en la Organización Mundial del Comercio». AFDUDC, 12:685-705, 2008).

“reconocen expresamente el derecho de los Miembros a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria, que puede ser más elevado (es decir, más cauto) que el implícito en las normas, directrices y recomendaciones internacionales vigentes”.⁶

Tanto en el caso CE – Hormonas como en el posterior caso Japón – Productos Agrícolas,⁷ un importante aspecto sometido a interpretación fue precisamente, la permeabilidad del principio de precaución sobre las obligaciones relativas a la justificación científica de la medida, al plantearse en ambos casos si es dable a los Miembros actuar con precaución en la adopción de sus medidas sanitarias o fitosanitarias “definitivas” o si ello sólo está reservado al ámbito del artículo 5.7 para la adopción de medidas de carácter “provisional”.

Este último fue el argumento de la Comunidad Europea (CE) en el caso CE - Hormonas, la que expresamente había declarado que su medida no había sido adoptada provisionalmente en el sentido previsto por el artículo 5.7, sino que respondía a las incertidumbres científicas existentes respecto de los efectos de la carne tratada con hormonas de crecimiento sobre la salud humana.

En ese contexto, la CE intentó extraer el principio de precaución del ámbito exclusivo del artículo 5.7, alegando que las disposiciones del Acuerdo MSyF no impiden a los países proceder con cautela al establecer normas sanitarias cuando se encuentran frente a una información científica contradictoria y a una situación de incertidumbre, ya que éste principio -según la CE- constituye una norma consuetudinaria general del derecho internacional o, por lo menos, un principio general del derecho, cuya esencia reside en que se aplica no solamente en la gestión del riesgo, sino también en la fase de la evaluación.⁸

Sobre este alegato, el Órgano de Apelación expresó sus dudas sobre si el principio de cautela constituía o no un principio general del derecho internacional consuetudinario y decidió no tomar posición sobre la condición jurídica del principio, por estimar que era “innecesario y probablemente imprudente”.⁹ Sin embargo, lo que sí manifestó fue ciertos parámetros que han servido para interpretar el papel que

⁶ Informe del Órgano de Apelación, caso *CE – Hormonas*, párrafo 124.

⁷ Informe del Grupo Especial de fecha 27 de octubre de 1998, Doc. WT/DS76/R e Informe del Órgano de Apelación de fecha 22 de febrero de 1999, Doc. WT/DS76/AB/R, caso *Japón - medidas que afectan a los productos agrícolas*. Título abreviado *Japón – Productos Agrícolas*. Párrafo 81.

⁸ A ese respecto, el Grupo Especial declaró que la aplicación del principio de cautela “no puede prevalecer sobre el texto de los párrafos 1 y 2 del artículo 5, especialmente dado que el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo sobre MSF incorpora el principio de cautela y le da un sentido específico.” Informe del Grupo Especial, caso *CE – Hormonas*, párrafo 8.157-8.158, reclamación de Estados Unidos y párrafo 8.160-8.161, reclamación de Canadá.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, caso *CE – Hormonas*, párrafo 123.

El Principio de Precaución y el Artículo 5.7 del Acuerdo sobre MSF de la OMC
Karina Ramírez Díaz

desempeña el principio de precaución en el Acuerdo MSyF, los cuales fueron ratificados en los casos Japón – Productos Agrícolas y CE – Productos Biotecnológicos,¹⁰ a saber:

- i) Que ese principio de precaución no había sido incluido en el texto del Acuerdo MSyF como un motivo que justifique las medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en determinadas disposiciones del Acuerdo.
- ii) Que el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSyF, aunque la pertinencia de esta disposición no se agota en el principio de cautela;
- iii) Que los grupos especiales que se ocupen de determinar, por ejemplo, si existen “testimonios científicos suficientes” para justificar que un Miembro mantenga determinada medida sanitaria o fitosanitaria pueden, por supuesto, y deben tener presente que “los gobiernos responsables y representativos generalmente actúan desde una perspectiva de prudencia y precaución cuando se trata de riesgos de daños irreversibles, por ejemplo la terminación de la vida, para la salud de los seres humanos.”
- iv) 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 MSyF.

Sobre la base de esas declaraciones, se ha considerado que el principio de cautela no prevalece sobre la obligación relativa a la evaluación de riesgos prevista en el artículo 5.1-caso CE – Hormonas-, ni sobre la relativa a la base científica suficiente de la medida establecida en el artículo 2.2. caso Japón – Productos Agrícolas- de allí que la interpretación que pudiera otorgarse al artículo 5.7 haya planteado la interrogante de si la designación de una medida como provisional alude a un límite temporal en sí o a la evolución de los conocimientos científicos¹¹ y, en ese mismo orden de ideas, cuán insuficientes han de ser los testimonios científicos que justifiquen la medida provisional.

¹⁰ Informe del Grupo Especial de fecha 29 de septiembre de 2006, Doc. WT/DS291/R WT/DS292/R, WT/DS293/R, caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*. Título abreviado *CE – Productos biotecnológicos*. párrafo 124.

¹¹ Charnovitz, S.: «The Supervision of Health and Biosafety Regulation by World Trade Rules» *Tul. Envtl. L.J.* N° 13:271-302, 1999-2000.

III. NATURALEZA JURIDICA DEL ARTICULO 5.7

En el caso Japón – Productos Agrícolas el Órgano de Apelación declaró que el artículo 5.7 constituye una “exención cualificada” de la obligación dimanada del artículo 2.2 de no mantener medidas sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes.¹² Esta calificación sobre la naturaleza de la disposición difería a la interpretación que venía dándose en algún sector de la doctrina, que había entendido que el artículo 5.7 constituía una excepción a aquella disposición y, por tanto, que servía como una defensa afirmativa.¹³

Esa caracterización de la naturaleza jurídica del artículo 5.7 difería también de la interpretación dada por el Grupo Especial en el caso anterior Australia – Salmón,¹⁴ en el que se la había calificado como una excepción a la obligación de basar las medidas sanitarias en la evaluación del riesgo.¹⁵

La utilización del término exención en los Acuerdos OMC sólo se observa en el ámbito del GATS y del Acuerdo sobre Agricultura para referir a situaciones en las que ciertas medidas pueden excluirse temporalmente del alcance de una obligación.¹⁶ Las excepciones por el contrario, como es el caso del artículo XX del GATT, justifican la contravención de la regla u obligación sustantiva. Siendo así, era de preguntarse si al catalogar el artículo 5.7 como una exención cualificada, el Órgano de Apelación estaría estableciendo un vínculo diferente del derivado de las relaciones obligación sustantiva/excepción, esto es, contravención de la norma/ justificación de la violación.¹⁷ La cuestión es que el Órgano de Apelación no hizo ningún desarrollo acerca de qué debe entenderse con ello ni cuáles serían sus implicaciones prácticas.

Dilucidar la naturaleza jurídica de la disposición tiene diversas implicaciones prácticas y especialmente en el campo procesal conduce a atribuir la carga de la prueba entre las partes. De allí que determinar si la

¹² Informe del Órgano de Apelación, caso *Japón – Productos Agrícolas*, párrafo 80.

¹³ PEEL, J.: «A GMO by Any Other Name... Might be an SPS Risk!. Implications of Expanding the Scope of Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement». *Eur. J. Int'l L* 17(5):1009-1031, 2006; PAUWELYN, J.: «The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes: *EC – Hormones, Australia – Salmon and Japan - Varietals*». *J. Int'l Econ. L.* 2(4): 641 – 664, 1999.

¹⁴ Informe del Grupo Especial de fecha 12 de junio de 1998, Doc. WT/DS18/R, caso *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón*. Título abreviado *Australia – Salmón*.

¹⁵ Informe del Grupo Especial, caso *Australia – Salmón*, párrafo 8.57.

¹⁶ Véase artículo II.2 GATS, en concordancia con el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II y artículo 13 del Acuerdo sobre Agricultura.

¹⁷ Como ocurriera con la interpretación dada al artículo 3.3 cuando declaró que el derecho establecido en esta disposición constituía “un derecho autónomo” y no una excepción de la obligación general prevista en el párrafo 1 del mismo artículo. Informe del Órgano de Apelación, caso *CE – Hormonas*, párrafo 104.

El Principio de Precaución y el Artículo 5.7 del Acuerdo sobre MSF de la OMC
Karina Ramírez Díaz

disposición plantea un derecho autónomo que autoriza al Miembro un comportamiento que en otro caso sería incompatible con una obligación general o, por el contrario, contiene una excepción a la obligación general que puede ser utilizada como defensa en caso de incompatibilidad de la medida, conlleva en el primer caso a que corresponda a la parte reclamante la carga de probar la incompatibilidad de la medida con la norma que consagra el derecho autónomo (en este caso el Art. 5.7); mientras que en el segundo supuesto correspondería a la parte demandada la carga de invocar y de demostrar la compatibilidad de la medida con la norma en cuestión.

Que el artículo 5.7 consagre un derecho autónomo, implicaría que no se produciría un traslado de la carga de la prueba a la parte reclamada -como ocurriría si la disposición operase como excepción- ni justificaría una interpretación más estricta o restringida que la que se impone en la interpretación de las excepciones. Se entiende que hacia esa dirección se decantó el Grupo Especial en el caso CE – Productos biotecnológicos,¹⁸ cuando consideró que artículo 5.7 no establece una excepción a la obligación general sino un “derecho cualificado”.¹⁹

Para desarrollar esa interpretación el panel aplicó el criterio general establecido en el caso CE - Preferencias arancelarias²⁰, en el que se fijaron tres condiciones acumulativas a objeto de valorar si una disposición en particular constituye un derecho autónomo en vez de una excepción a una obligación general, a saber: i) que una disposición permita en determinadas circunstancias un comportamiento que en otro caso sería incompatible con una obligación impuesta por otra disposición; ii) que exista una referencia cruzada entre ambas disposiciones, esto es, que una de las dos disposiciones se refiera a la otra; y, iii) que una de las disposiciones indique que la obligación no es aplicable a esa medida.²¹

A partir de la aplicación de ese criterio general se declaró que el artículo 5.7 constituye una “exención cualificada” de las obligaciones generales y, en consecuencia, los tipos de situaciones abarcadas por esa disposición normativa se ven excluidas del ámbito de aplicación de la obligación de no mantener medidas

¹⁸ Informe del Grupo Especial de fecha 29 de septiembre de 2006, Doc. WT/DS291/R WT/DS292/R, WT/DS293/R, caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*. Título abreviado *CE – Productos biotecnológicos*.

¹⁹ Caso *CE – Productos biotecnológicos*, párrafo 7.2997.

²⁰ Informe del Órgano de Apelación de fecha 07 de Abril de 2004, Doc. WT/DS246/AB/R. Caso *Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*. Título abreviado *CE - Preferencias arancelarias*.

²¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafo 88.

sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes (Art. 2.2) y de la obligación de basar las medidas en una evaluación de riesgo (Art. 5.1).²²

De manera que la caracterización de la naturaleza del párrafo 7 del artículo 5 dada en el marco del caso CE – Productos biotecnológicos se relaciona con la aplicabilidad o exclusión de las obligaciones generales. En ese sentido expresó que al plantearse como un derecho autónomo, las obligaciones generales serían inaplicables en tanto y en cuanto la medida sanitaria o fitosanitaria hubiera sido adoptada y mantenida de forma compatible con los requisitos previstos en el propio artículo 5.7; por el contrario, si la medida fuese incompatible con el supuesto normativo, las obligaciones generales se harían aplicables siempre que no haya otros elementos que lo hagan inaplicable. En otras palabras, si una medida se ve comprendida en el supuesto normativo del artículo 5.7 hace inaplicable las obligaciones generales.

IV. SUPUESTOS DE APLICACION DEL ART. 5.7

Con los casos *Japón – Productos Agrícolas* y *Japón – Manzana*²³ se establecieron algunos parámetros interpretativos del artículo 5.7 ratificados en todos los casos posteriores.²⁴ En el primero de los dos asuntos, el Órgano de Apelación declaró - reiterado la interpretación hecha por el Grupo Especial- que el artículo 5.7 establece cuatro requisitos que deben cumplirse para poder adoptar y mantener una medida sanitaria o fitosanitaria provisional.²⁵ Dos de esos requisitos refieren a la adopción de la medida mientras que los otros dos a su mantenimiento una vez adoptada.

En cuanto a la adopción de la medida provisional -primera frase del artículo 5.7-, el Órgano de Apelación indicó que la medida tenía que imponerse:

- i) Con respecto a una situación “cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”; y,
- ii) “Sobre la base de la información pertinente de que se dispusiera.”

²² Caso *CE – Productos biotecnológicos*, párrafos 7.2968-7.2969, 7.2998 y 7.2999.

²³ Informe del Grupo Especial de fecha 15 de julio de 2003, Doc. WT/DS245/R, caso *Japón – Medidas que afectan la importación de manzanas*. Título abreviado *Japón – Manzanas*.

²⁴ Caso *CE – Productos biotecnológicos* e Informe del Órgano de Apelación de fecha 15 de julio de 2008, Doc. WT/DS320/AB/R y WT/DS321/AB/R caso *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*. Título abreviado *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión CE-hormonas*.

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, caso *Japón – Productos Agrícolas*, párrafo 89.

El Principio de Precaución y el Artículo 5.7 del Acuerdo sobre MSF de la OMC
Karina Ramírez Díaz

Una medida provisional adoptada en esos términos no podría mantenerse -segunda frase del artículo 5.7- a menos que el Miembro que la hubiese adoptado:

- iii) Tratará de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo;
y,
- iv) Revisará en consecuencia la medida en un plazo razonable.

Esos cuatro requisitos fueron declarados de carácter acumulativo e igualmente importantes a efectos de determinar la conformidad con el artículo 5.7, de manera que cuando cualquiera de ellos no se cumpliera, la medida sería incompatible con la disposición.

Como puede observarse, el examen establecido por el Órgano de Apelación separa cada elemento de la disposición a excepción de uno: el carácter provisional de la medida. Esta circunstancia es de destacarse porque -como se mencionara en una oportunidad anterior- una de las discusiones que se han producido en ese contexto viene dada por el reconocimiento de la norma de cautela, en el sentido de dilucidar si es relevante sólo para la adopción de medidas provisionales o también para la adopción de medidas definitivas; discusión esta que pivota sobre la propia conceptualización de la suficiencia de testimonios científicos para efectos jurídicos, en el entendido de que es esta la circunstancia que justifica una actitud de precaución en la regulación de riesgos.²⁶ No obstante -como ya se mencionara- el OSD ha considerado que el principio de cautela no prevalece sobre la obligación relativa a la evaluación de riesgos ni a la de la base científica suficiente.

A continuación se analizarán cada uno de los presupuestos de aplicación del artículo 5.7. A tal efecto se ha decidido agrupar, por un lado, los relativos a la adopción de la medida provisional y por otro, los referentes al mantenimiento de la medida. Se ha estimado conveniente hacerlo de esa manera por considerar que los requerimientos, de esa forma agrupados se informan mutuamente en su contenido y, en consecuencia, se hace necesario que sean analizados de forma combinada.

²⁶ BOHANES, J.: «The Risk in WTO Law: A Procedure-Based Approach to the Precautionary Principle». *Colum. J. Transnat'l L.* 40:322-389, 2001-2002; BOUTILLON, S.: «The Precautionary Principle: Development of an International Standard». *Mich. J. Int'l L.* 23:429-469, 2001-2002; MOTAAL, A. D.: «Is the World Trade Organization anti Precaution?». *J.W.T* 39(3):483-501, 2005; CHEYNE, I.: «Risk and Precaution in World Trade Organization Law». *J.W.T.* 40(5): 837-864, 2006.

A. QUE LA MEDIDA SE ADOPTE <<CUANDO LOS TESTIMONIOS CIENTÍFICOS PERTINENTES SON INSUFICIENTES>> Y <<SOBRE LA BASE DE LA INFORMACIÓN PERTINENTE DE QUE SE DISPONGA>>

Se entiende que estas dos condiciones perfilan el ámbito de aplicación que supone el artículo 5.7, en el entendido de que subyace al criterio que determina la “insuficiencia” de los testimonios científicos y la relación de la medida con “la información pertinente de que se disponga”, está el cuestionamiento sobre qué justifica y cuándo se justifica la adopción de una medida amparada por el principio de cautela que, a juicio del Órgano de Apelación, se refleja en esa disposición.

En ese orden de ideas, se tiene que el primer requisito refiere a la insuficiencia de los testimonios científicos pertinentes. Como bien lo han apuntado Prévost y Van Den Bossche,²⁷ esta primera condición constituye el desencadenante de la aplicación del artículo 5.7, ya que de no configurarse no habría legítima razón para adoptar una medida provisional.²⁸ Ahora bien, el planteamiento fundamental que recae sobre este primer requisito es determinar cuándo o bajo qué criterio deben considerarse “insuficientes” los testimonios científicos.

En el caso Japón – Manzanas cuando se atendió por primera vez la interpretación de esta condición- el Grupo Especial derivó tres elementos interpretativos de la norma en cuestión: i) que la existencia de una situación en la que “los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes” no puede simplemente presuponerse por el hecho de que se haya constatado que la medida impugnada se mantiene «sin testimonios científicos suficientes» en el sentido previsto por el artículo 2.2. Estos aspectos, a juicio del panel, son cuestiones separadas;²⁹ ii) que la referencia que hace el artículo 5.7 a los testimonios científicos “pertinentes”, implica que el conjunto de materiales que podrían examinarse incluye no sólo los testimonios que respalden la posición de la parte reclamada, sino también los que respalden otras opiniones;³⁰ iii) que la expresión “testimonios científicos pertinentes insuficientes” alude a testimonios “en general” sobre la cuestión

²⁷ PRÉVOST, D. y VAN DEN BOSSCHE, P.: «The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures». En MACRORY, P., APPLETON, A. y PLUMMER, M. (Eds.): *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*. Vol. I: 231-370, 2005.

²⁸ Sin embargo es de referirse que en el caso *Japón – Productos Agrícolas* -el primero en el que se establecieron algunos parámetros de interpretación de esta disposición-, se observa que el Grupo Especial decidió iniciar su examen por los últimos dos requisitos: los referidos a las condiciones para mantener una medida adoptada de forma provisional.

²⁹ Informe del Grupo Especial, caso *Japón – Manzanas*, párrafo 8.215.

³⁰ *ibid.*, párrafo 8.216.

fitosanitaria (o sanitaria) de que se trate,³¹ y finalmente iv) que la “situación” que es objeto de regulación del artículo 5.7 sería aquella en la que se dispone de pocos testimonios fiables, o de ninguno, sobre la cuestión objeto de examen.³²

Japón apeló contra esa interpretación “estricta” que hacía aplicable el artículo 5.7 solamente a situaciones de “incertidumbres nuevas” pero no a situaciones de “incertidumbres no resueltas”, lo que suponía una interpretación “inflexible” de la norma que no tenía fundamento en el texto ni en el contexto de la disposición³³.

El Órgano de Apelación ratificó las conclusiones del Grupo Especial, pero siguiendo un razonamiento e interpretación distinta. En ese sentido expresó que la evaluación de si “los testimonios científicos pertinentes son insuficientes” no debe realizarse en abstracto, sino a la luz de una investigación específica y, en consecuencia, declaró que 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 párrafo 1 del artículo 5 y como se define en el Anexo A del Acuerdo MSF”.³⁴

A la luz de ese razonamiento el Órgano de Apelación consideró que no estaba justificada la importancia atribuida a la distinción entre testimonios científicos “en general” y testimonios relativos a aspectos “específicos” del riesgo, ya que lo que habría que determinar es si los testimonios pertinentes, ya sean “generales” o “específicos”, son suficientes para que pueda evaluarse la probabilidad de entrada, radicación o propagación del agente de riesgo.

³¹ *ibid.*, párrafo 8.218. Que en el caso concreto se trataba del riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas.

³² *ibid.*, párrafo 8.219. A la luz de esas interpretaciones, el panel consideró que la niebla del peral y del manzano - esto es, la situación abordada por la medida japonesa impugnada- se caracterizaba porque se disponía de “una gran cantidad de información” y concluyó que la primera condición del artículo 5.7 no se había visto satisfecha.

³³ Japón definió las “incertidumbres nuevas” como aquellos casos en que se ha determinado un nuevo riesgo y hay pocos o ningún testimonio científico fiable al respecto y con la expresión “incertidumbre no resuelta” aludió a situaciones que los testimonios científicos existentes no pueden resolverla a pesar de su acumulación durante un período prolongado. En todo caso, alegaba que una adecuada interpretación del artículo 5.7 debe conducir a que el carácter insuficiente de los testimonios científicos se evalúe en relación con “una situación particular” referente a “una medida en particular” o a “un riesgo en particular”.

³⁴ *ibid.*, párrafo 179.

Respecto del alegato relativo a la aplicación del artículo 5.7 a situaciones de “incertidumbres nuevas” o “incertidumbres no resueltas”, el Órgano de Apelación declaró que la aplicación del artículo 5.7 “no se activa por la existencia de incertidumbre científica, sino más bien por la insuficiencia de testimonios científicos [...] Estos dos conceptos no son intercambiables”³⁵. A la luz de esta última interpretación se entiende que lo que cuenta para calificar los testimonios científicos como “insuficientes” es la no disponibilidad de testimonios científicos pertinentes “fiables” y, por tanto, el artículo 5.7 no excluye casos “en los que se dispone de una cantidad de testimonios que no es mínima pero que no ha dado lugar a resultados fiables o concluyentes”.³⁶

Al tenor de las interpretaciones dadas por el Órgano de Apelación la conclusión que puede extraerse es que el artículo 5.7 puede invocarse cuando los testimonios científicos existentes no permitan al Miembro realizar una evaluación de riesgos en los estrictos términos atribuidos al artículo 5.1 y, siguiendo esa idea podría entenderse también que es el requisito de la especificidad atribuida a la evaluación de riesgos lo que pareciera ser relevado de la aplicación del artículo 5.7, precisamente porque el estado del conocimiento, “la insuficiencia” de los testimonios científicos, no permite tal especificidad.³⁷

Posteriormente, en el caso Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión CE- hormonas, el Órgano de Apelación incorporó algunos otros rasgos que permitirían configurar el carácter insuficiente de los testimonios científicos que justificaría una medida amparada en el marco del artículo 5.7 y, en ese sentido, en esa oportunidad se señaló:

- i) Que esa disposición “trata de situaciones en que las deficiencias del conjunto de los testimonios científicos no permiten a un Miembro de la OMC llegar a una conclusión suficientemente objetiva en relación con el riesgo”;³⁸
- ii) Que el nivel de protección escogido por el Miembro puede tener alguna influencia en la determinación del alcance o el método de la evaluación del riesgo,³⁹ *ergo*, en la determinación de la suficiencia o insuficiencia de los testimonios científicos;

³⁵ *ibid.*, párrafo 184.

³⁶ *ibid.*, párrafo 185.

³⁷ La “especificidad” constituye uno de los requisitos que -vía interpretación- se ha atribuido la evaluación de riesgos prevista en el artículo 5.1 y que significa que la evaluación debe centrarse en el(los) tipo(s) particular(es) de riesgo(s) en relación con el agente(s) o producto(s) generadores del riesgo. (Ramírez Díaz, 2008).

³⁸ Informe del Órgano de Apelación, caso *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión CE- hormonas*, párrafo 677.

³⁹ *ibid.*, párrafos 685-686.

-
- iii) Que la existencia de una norma internacional no genera una presunción legal de suficiencia de los testimonios científicos;⁴⁰ y, por último,
 - iv) Que es necesario que nuevos testimonios pongan en tela de juicio la relación entre el conjunto de testimonios científicos existentes y las conclusiones con respecto al riesgo, sin embargo no implica que se exija un cambio de paradigma. Así, no supone que los testimonios pertinentes disponibles desplacen la evidencia científica existente, en cambio solamente será necesario que esa nueva evidencia ponga en duda la existente en cuanto a si los testimonios científicos pertinentes siguen permitiendo realizar una evaluación del riesgo suficientemente objetiva.⁴¹

No obstante, aun en ese marco son diversas las interrogantes que emergen en torno al ámbito de aplicación del artículo 5.7, siendo una de ellas la que refiere a qué tipo de riesgo o, en todo caso, qué tipo de evidencia justificaría la adopción de una medida provisional.

Ciertamente, el Órgano de Apelación ha establecido que el riesgo objeto de una evaluación de riesgos ha de ser un “riesgo verificable”, por oposición a la incertidumbre teórica y, en ese mismo sentido, ha establecido que la evaluación ha de ser lo suficientemente específica respecto del riesgo.⁴² Sin embargo, como ya lo expresara Walker⁴³ (1998) en el espectro entre un riesgo verificable y la simple especulación teórica se halla un extenso campo de riesgos científicamente admisibles aunque no demostrados ni cuantificados. Si esto es así, en el supuesto de insuficiencia del testimonio científico que no “permite realizar una evaluación adecuada de los riesgos,” ¿cuánto conocimiento es necesario para regular contra un riesgo mediante medidas provisionales?

Esta interrogante se vería clarificada con base en la interpretación de la segunda condición prevista en el artículo 5.7, específicamente por la interpretación de la expresión “información pertinente de que se disponga”.

⁴⁰ *ibid.*, párrafos 688-697.

⁴¹ *ibid.*, párrafos 701-712.

⁴² Ramírez Díaz, K. *La regulación de los obstáculos técnicos y sanitarios al comercio internacional de mercancías en el sistema multilateral del comercio y los límites a la capacidad de regulación autónoma de los Estados sobre su comercio interno*. Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, España. 2008.

⁴³ WALKER, V. R.: «Keeping the WTO from Becoming ‘World Trans-Science Organization’: Scientific Uncertainty, Science Policy, and Factfinding in the Growth Hormone Dispute». *Cornell Int'l. L.J.* N° 31:251-320, 1998.

En el caso *Japón – Productos Agrícolas* se observa la importancia de este segundo extremo para determinar la aplicabilidad del artículo 5.7. En ese caso Japón, en defensa de su prescripción por variedades como medida provisional indicó fundamentalmente, que ésta se basaba en una hipótesis científica razonable toda vez que las pruebas disponibles sugerían la posible presencia de diferencias varietales en la eficacia del tratamiento de desinfestación y que no existían suficientes pruebas científicas para refutar esa posibilidad. El Grupo Especial no atendió a la interpretación de este supuesto sino que examinó la medida japonesa a la luz de los requisitos de mantenimiento de la medida provisional para lo cual el panel señaló que:

Incluso si supusiéramos en este caso que se tiene [...] ‘información pertinente’ en la cual el Japón puede basar la prescripción de pruebas por variedad, la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 obliga al Japón a ‘[tratar] de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo’ y a ‘revisar’ en consecuencia la medida ... fitosanitaria en un plazo razonable’.⁴⁴

Al respecto, se entiende que la “información pertinente” a la que alude la norma está relacionada con los mismos factores señalados en el artículo 5.2, -no obstante el artículo 5.7 no contenga el adjetivo “científico” que califique la “información pertinente”. Ello se derivaría de la vinculación establecida por el Órgano de Apelación entre el artículo 5.7 y el 5.1 aunado a la exigencia prevista en la propia disposición en examen, relativa a que los Miembros “tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo.”

En ese mismo sentido, es dable pensar que la información pertinente sería aquella información que pueda respaldar la preocupación en torno a los efectos potencialmente peligrosos para la salud y vida humana, animal o vegetal que podrían derivarse de algún fenómeno, producto o proceso. Obviamente esta información no puede ser concluyente, ya que de lo contrario el recurso al artículo 5.7 sería innecesario, pero sí ha de plantear la existencia de “un riesgo científicamente admisible”.⁴⁵

No obstante, es precisamente en relación con esto último que tiene importantes implicaciones la dicotomía establecida por el Órgano de Apelación entre «riesgo verificable» e «incertidumbre teórica» y la precisión de la línea que delimita esos extremos.

En cualquier caso, en torno al posible alcance de esta condición se plantea cierto paralelismo entre la interpretación dada al artículo 5.1 y la que podría establecerse respecto a este segundo requisito del artículo

⁴⁴ Informe del Grupo Especial, caso *Japón – Productos Agrícolas*, párrafo 8.55.

⁴⁵ Prévost y Van Den Bossche, 2005:304.

5.7, entendiendo que el segundo requerimiento se dirigiría a imponer una relación de racionalidad entre la medida adoptada provisionalmente y la información pertinente de que se disponga.

Así, Eggers⁴⁶ expresa que esta condición implicaría la exigencia de una “mini evaluación del riesgo” y de una “mini relación de racionalidad” entre la medida y aquella “mini evaluación”, mientras que Prévost y Van Den Bosshe,⁴⁷ más o menos en el mismo sentido, indican que este requisito alude a que la medida adoptada provisionalmente se apoye en la información existente, cualquiera que sea, que respalde razonablemente la preocupación en torno a la existencia de un riesgo.

Se coincide en una interpretación en ese sentido, más si se atiende a la manera en que la tercera exigencia atribuida a la disposición podría informar este segundo requisito, puesto que la obligación de realizar “una evaluación más objetiva del riesgo” implica la idea de que “alguna” evaluación es requerida previa a la adopción de la medida provisional, aunque -debido a la “insuficiencia” de testimonios científicos- esta no pueda calificar como una evaluación de riesgos en los estrictos términos planteados por el artículo 5.1. Siendo así y otorgando a la expresión “sobre la base” de la información pertinente de que se disponga un significado similar al atribuido en el ámbito del artículo 5.1 a la expresión “basadas en”, podría inferirse que la medida sanitaria o fitosanitaria provisional debe encontrar su justificación racional en la “información pertinente que se disponga”.

No obstante, es discutible si en la determinación de esa “mini relación racional” ha de ser aplicada la misma rigurosidad atribuida en el ámbito de las “medidas definitivas”. Al respecto, Prévost y Van Den Bosshe,⁴⁸ aplicando ciertos parámetros de interpretación del artículo 5.1, consideran que la medida provisional no debe ser contraria a lo que la información pertinente disponible establezca, pero en caso de que se existan informaciones contradictorias, la medida puede basarse en las opiniones minoritarias provenientes de fuentes científicas respetadas y calificadas.

En el caso *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión CE- hormonas*, el Órgano de Apelación indicó algunos parámetros para la interpretación que conducen en ese sentido,⁴⁹ a saber:

⁴⁶ EGGERS, B.: *The Precautionary Principle in WTO Law*. Tesis Doctoral, disponible en: http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=962930709&dok_var=d1&dok_ext=pdf&filename=962930709.pdf, 2001.

⁴⁷ Prévost y Van Den Bossche. *Op. cit.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, caso *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión CE- hormonas*, párrafo 678.

- i) Que el artículo 5.7 contempla situaciones en que existen algunos fundamentos probatorios que indican la posible existencia de un riesgo, pero no los suficientes para permitir la realización de una evaluación del riesgo. De allí que la información pertinente de que se disponga puede incluir la procedente de las organizaciones internacionales competentes o la derivada de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otros Miembros de la OMC.
- ii) Que tiene que existir una relación racional y objetiva entre la información referente a determinado riesgo y la medida sanitaria o fitosanitaria provisional que adopte el Miembro. En este sentido, el artículo 5.7. proporciona una “válvula de seguridad” temporal en los casos en que hay algunos testimonios, pero no los suficientes para realizar una evaluación del riesgo completa, lo que hace imposible cumplir las obligaciones generales más rigurosas que establecen los artículos 2.2 y 5.1.

En suma, en torno a las exigencias para la adopción de medidas sanitarias o fitosanitarias provisionales puede concluirse que al establecerse ese vínculo entre el artículo 5.7 y los artículos 5.1 y 2.2, el Órgano de Apelación se dirige a mantener la rigurosidad de la disciplina relativa a la justificación científica de las medidas, evitando crear lagunas o solapamientos entre las disposiciones que la configuran.

B. ADOPTADA LA MEDIDA, QUE EL MIEMBRO <<TRATE DE OBTENER LA INFORMACION ADICIONAL NECESARIA PARA UNA EVALUACION MAS OBJETIVA DEL RIESGO>> Y QUE <<REVISE LA MEDIDA EN UN PLAZO RAZONABLE>>

El artículo 5.7 establece -según lo interpretado en solución de diferencias- que para el mantenimiento de una medida sanitaria o fitosanitaria provisional los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y, en consecuencia, revisarán la medida en un plazo razonable.

Al respecto varias serían las interrogantes a dilucidar para determinar el significado de estos dos requisitos: la primera es qué tipo de obligación comporta esta condición y la segunda es qué debe entenderse por “información adicional necesaria...” y qué se considera un “plazo razonable” para revisar

la medida. Fue con los casos *Japón – Productos Agrícolas*, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión CE- hormonas* y *Estados Unidos – Animales*⁵⁰ cuando se interpretaron el alcance de estos presupuestos.

En el primer caso Japón alegó que este requisito no implicaba una obligación de resultado sino de comportamiento e igualmente, que la razonabilidad del plazo debe juzgarse según la medida de que se trate y el tiempo necesario para la reunión de información y, por tanto, que debería entenderse que el “plazo razonable” sería el que permita contar con el tiempo necesario para acumular conocimientos a través de la experiencia y, en ese mismo sentido, agregó que esta última obligación de revisar la medida debería comenzar a contarse a partir de enero de 1995, fecha en la que entró en vigor el Acuerdo MSyF.⁵¹

En ese caso ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación indicaron de manera explícita el tipo de obligación que supone la de tratar de obtener información adicional, sin embargo de sus expresiones podía inferirse que no comportaba una obligación de resultados.⁵² Fue en el caso *Estados Unidos – Animales* cuando de manera expresa se señaló que la obligación de tratar de obtener información adicional para revisar una medida provisional, constituye una “obligación de intención”.⁵³

Ahora bien, en el caso *Japón – Productos Agrícolas* lo que sí hicieron tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación fue delinear algunos contornos del concepto de “información adicional” al indicar que “la información buscada debe permitir efectuar esa evaluación [más objetiva] del riesgo,” que en el caso concreto suponía la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de una plaga, en función de las medidas sanitarias o fitosanitarias que podrían aplicarse.⁵⁴

⁵⁰ Informe del Grupo Especial de fecha 24 de julio de 2015, Doc. WT/DS447/R, caso *Estados Unidos - medidas que afectan a las importaciones de animales, carne y otros productos del reino animal procedentes de la Argentina*. Título abreviado *Estados Unidos – Animales*.

⁵¹ Por el contrario, Estados Unidos sostenía que aunque el artículo 5.7 nada estipulase respecto a los procedimientos concretos de recolección de información, la exigencia es que se trate de obtener la información necesaria para realizar una evaluación más objetiva del riesgo y, en consecuencia, la información buscada y obtenida debía ser pertinente para probar, en ese caso concreto, las conjeturas del Japón con respecto a la posible existencia de diferencias de sorción entre las variedades.

⁵² Así puede inferirse de lo expresado por el Órgano de Apelación al señalar que ni el artículo 5.7 ni ninguna otra disposición del Acuerdo MSyF estipulan requisitos previos explícitos en relación con la información adicional que debe obtenerse o acerca de un procedimiento específico de obtención de la misma, ni qué resultados en cuanto a los hechos deben alcanzarse, sino que la obligación es «tratar de obtener’ información adicional». Informe del Órgano de Apelación, caso *Japón – Productos Agrícolas*, párrafo 92.

⁵³ Informe del Grupo Especial, caso *Estados Unidos – Animales*, párrafo 7.296.

⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, caso *Japón – Productos Agrícolas*, párrafo 92.

En atención a esas conclusiones pareciera que la “información adicional necesaria a una evaluación más objetiva del riesgo” implica la obtención de información más específica respecto de los riesgos o de la cuestión sanitaria o fitosanitaria planteada con la medida provisional, y aunque el Órgano de Apelación no lo dijera expresamente, así pudiera inferirse de la expresión utilizada: “la información buscada *debe permitir efectuar* una evaluación más objetiva del riesgo.” Se estima que las declaraciones del Grupo Especial pudieran servir para corroborar que ese pueda ser el sentido atribuido a esta condición.

Ciertamente, el Grupo Especial consideró que ni la información que proporcionan los países exportadores cuando solicitan el acceso, ni los informes de los estudios llevados a cabo por el Ministerio de Agricultura, Silvicultura y Pesca del Japón “examinan la procedencia de la prescripción en sí misma” y, en consecuencia, juzgó que “ninguno de los estudios examina efectivamente *la cuestión concreta* relativa a si las características varietales causan una divergencia en la eficacia de la cuarentena”, advirtiendo al efecto que el requisito de que la información necesaria para revisar una medida fitosanitaria debe ser lo “suficientemente específica” fue mencionado por el Órgano de Apelación en el caso *CE – Hormonas*.⁵⁵

En el caso *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión CE- hormonas*, el Órgano de Apelación ratificó esta interpretación al señalar que esta prescripción supone que, en el momento de adoptar la medida provisional, el Miembro de la OMC debe esforzarse al máximo por suplir las insuficiencias de los testimonios científicos pertinentes con investigaciones científicas adicionales o mediante el acopio de información procedente de organizaciones internacionales pertinentes o de otras fuentes y agregó, que “la “insuficiencia” de los testimonios científicos no es una situación perpetua, sino de transición, y sólo dura hasta el momento en que el Miembro que impone la medida obtiene los testimonios científicos adicionales que permiten realizar una evaluación más objetiva del riesgo”.⁵⁶

La cuarta y última condición de aplicación de la disposición en examen refiere a la exigencia de “revisar la medida en un plazo razonable,” presupuesto este que calificaría el carácter temporalmente limitado de la exención que supone el artículo 5.7.

En solución de diferencias, concretamente en el caso *Japón – Productos Agrícolas*, el Órgano de Apelación estableció un examen caso-por-caso para determinar qué constituye un “plazo razonable” para revisar una medida adoptada provisionalmente en los términos consagrados en el artículo 5.7. Siendo así,

⁵⁵ Informe del Grupo Especial, caso *Japón – Productos Agrícolas*, párrafo 8.56.

⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, caso *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión CE- hormonas*, párrafo 679.

el plazo razonable dependerá de las circunstancias específicas de cada caso. Sin embargo, el Órgano de Apelación asomó dos elementos, al parecer concurrentes, a tener en cuenta en esa valoración, a saber: i) la dificultad de obtener la información adicional necesaria para el examen; y ii) las características de la(s) medida(s) provisional(es).⁵⁷

Para comprender el sentido de estos elementos resultan ilustrativas las conclusiones a las que llegara el panel y del Órgano de Apelación en el caso *Japón – Productos Agrícolas* en relación con los elementos fácticos concretos. En efecto, la controversia sobre la prescripción de pruebas por variedad japonesa se inició en abril de 1997, esto era a escasos dos años de la entrada en vigor del Acuerdo MSyF. Sin embargo el Órgano de Apelación ratificó la conclusión a la que llegara el Grupo Especial de que Japón no revisó su prescripción de pruebas por variedad en un plazo razonable.⁵⁸ Siendo así, lo que puede inferirse del caso concreto es que la medida japonesa controvertida no satisfacía los requerimientos del artículo 5.7 porque Japón tenía la obligación expresa de reunir información adicional que le permitiese examinar con más objetividad la procedencia de la prescripción de pruebas por variedad, pero -al menos en las pruebas sometidas al panel- no constaba que lo hubiera hecho, a pesar de que era relativamente fácil llevar a cabo un estudio para determinar la eficacia de la cuarentena.⁵⁹

Que el Órgano de Apelación indicara que uno de los elementos a tener en cuenta en la determinación del “plazo razonable” sea la dificultad de obtener la información adicional necesaria para la revisión de la medida, ha hecho que algunos autores entiendan que el carácter provisional de la medida no está vinculada a un periodo de tiempo sino más bien al estado del conocimiento y a las incertidumbres relacionadas que impidan obtener la información adicional necesaria para realizar una evaluación más objetiva del riesgo.

Compartimos esta opinión pero consideramos necesario agregar que, a la luz de los resultados del caso *Japón – Productos Agrícolas* antes indicados, también puede entenderse que la clave está en “revisar” las medidas a la luz de la información adicional que los Miembros están obligados a “tratar de obtener”, es decir, que ambas exigencias se condicionan mutuamente implicando una obligación de comportamiento

⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, caso *Japón – Productos Agrícolas*, párrafo 93. En el caso *Japón – Productos Agrícolas* fue precisamente la ponderación de la primera de aquellas circunstancias la que condujo al Órgano de Apelación a ratificar las conclusiones del panel relativas a que Japón no había satisfecho este presupuesto, ya que éste había constatado que un estudio o una investigación para determinar si las diferencias varietales tienen importancia para la eficacia de la cuarentena podría llevarse a cabo con relativa facilidad.

⁵⁸ No obstante, para la fecha de la controversia la medida japonesa tenía aproximadamente cincuenta años en vigor.

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, caso *Japón – Productos Agrícolas*, párrafos 8.56-8.57.

que exige la realización de esfuerzos serios por obtener información adicional que permita efectuar una evaluación más objetiva del riesgo que, a su vez, conduzca a revisar la medida provisional.

De manera que el “plazo razonable” dependerá, entre otras cosas, de la dificultad de obtener la información necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo. Ahora bien, con el caso *Estados Unidos – Animales* se incorpora otro elemento a la idea del “plazo razonable,” en el sentido de que cuando la revisión de la medida suponga procedimientos jurídicos complejos puede entenderse “lo más rápidamente que sea jurídicamente posible, aunque aceptando motivos legítimos para la demora”.⁶⁰

La segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 exige que la información pertinente de que disponga el Miembro, que sirve de base a su medida sanitaria o fitosanitaria provisional, se complemente con "la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo", "en un plazo razonable". Como señaló el Órgano de Apelación, estas dos condiciones "guardan relación con el *mantenimiento* de una medida [sanitaria o] fitosanitaria provisional y ponen de relieve el carácter *provisional* de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 7 del artículo 5".⁶¹

Esta prescripción supone que, en el momento de adoptar la medida provisional, el Miembro de la OMC debe esforzarse al máximo por suplir las insuficiencias de los testimonios científicos pertinentes con investigaciones científicas adicionales o mediante el acopio de información procedente de organizaciones internacionales pertinentes o de otras fuentes;⁶² de lo contrario el carácter provisional de las medidas adoptadas con arreglo al párrafo 7 del artículo 5 perdería su significado. La "insuficiencia" de los testimonios científicos no es una situación perpetua, sino de transición, y sólo dura hasta el momento en que el Miembro que impone la medida obtiene los testimonios científicos adicionales que permiten realizar una evaluación más objetiva del riesgo.

El Órgano de Apelación ha señalado que el párrafo 7 del artículo 5 no estipula "requisitos previos explícitos en relación con la información adicional que debe obtenerse o acerca de un procedimiento específico de obtención de la misma";⁶³ sin embargo, el Miembro de la OMC que se propone adoptar una

⁶⁰ Informe del Grupo Especial, caso *Estados Unidos – Animales*, párrafo 7.301.

⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, nota 318 al párrafo 176 (las cursivas figuran en el original).

⁶² De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo MSF*, deben tenerse en cuenta debidamente las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros respecto de sus posibilidades de obtener información adicional para una evaluación más objetiva del riesgo.

⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 92.

medida sanitaria o fitosanitaria provisional debe estar en condiciones de identificar las insuficiencias de los testimonios científicos pertinentes y las medidas que se propone adoptar para obtener la información adicional que necesitará para resolver esas deficiencias a fin de realizar una evaluación más objetiva y revisar la medida provisional en un plazo razonable. La información adicional que se reúna "debe permitir" efectuar la evaluación del riesgo concreto.

El párrafo 7 del artículo 5 obliga a los Miembros a tratar de obtener información adicional, pero no se pretende que garanticen resultados específicos. Tampoco se pretende que en el momento en que adoptan la medida sanitaria o fitosanitaria puedan predecir los resultados efectivos de sus esfuerzos para reunir información adicional. Por último, el Miembro que adopta la medida sanitaria o fitosanitaria provisional debe revisarla en un plazo razonable.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Si bien el Órgano de Apelación ha señalado que el artículo 5.7 es un reflejo del principio de precaución, se entiende que el enfoque precautorio ha sido limitado a las medidas provisionales, siendo que de la práctica OMC en la aplicación del Acuerdo MSyF se estaría sugiriendo que las medidas sanitarias o fitosanitarias que puedan adoptar los Miembros se dividen en dos grupos: por un lado las "permanentes" que serían aquellas que se fundamentan en testimonios científicos suficientes (Art. 2.2) y en una evaluación de riesgos que satisfaga los requerimientos previstos en el artículo 5.1; y por otro las provisionales, que serían aquellas adoptadas en circunstancias en las que los testimonios científicos disponibles no permitan realizar una adecuada evaluación de los riesgos.

Esta división no deja de ser problemática porque la interpretación dada conduce a que se desconozca el amplio espectro existente entre un "riesgo verificable" y la "simple especulación teórica" y que se asuma un enfoque riguroso en razón del cual la legitimidad de la medida sanitaria o fitosanitaria se hace depender de una invisible e inespecífica línea que demarca la frontera entre la suficiencia e insuficiencia de testimonios científicos.

Como consecuencia de ello "el principio de precaución" no parece permear las principales obligaciones del Acuerdo MSyF y, en consecuencia, la legitimidad de las medidas precautorias se ve confinada al ámbito de las medidas provisionales en el sentido contemplado por el artículo 5.7., el que ha sido interpretado de manera restringida. Esto es: se ha entendido que el artículo 5.7 constituye una exención cualificada de las

obligaciones generales y, en consecuencia, la aplicación de estas obligaciones excluye de su ámbito los tipos de situaciones abarcadas en esa disposición.

Por otra parte, el artículo 5.7 puede invocarse cuando los testimonios científicos existentes no permitan al Miembro realizar una evaluación de riesgos en los estrictos términos atribuidos al artículo 5.1, entendiéndose que es el requisito de la especificidad atribuida a la evaluación de riesgos lo que pareciera ser relevado de la aplicación del artículo 5.7.