

EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Gabriela Alexandra Oanta

Profesora Ayudante Doctora. Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidade da Coruña.

RESUMEN:

En los últimos años, el principio de precaución se ha perfilado como uno de los principios estrella también en el ámbito de la salud y seguridad alimentaria. En este trabajo, quisiéramos brevemente presentar y analizar cuál es el alcance de este principio en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Y, para ello, acudiremos a aquellos instrumentos jurídicos procedentes de esta Organización, con mayor trascendencia para la protección de la salud humana, a los que estudiaremos desde el prisma de la jurisprudencia desarrollada por el Órgano de Solución de Diferencias. Y, por último, mencionaremos la problemática de la naturaleza jurídica del principio de precaución en el Derecho internacional.

Palabras claves: Principio de precaución – Organización Mundial del Comercio – Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Órgano de Solución de Diferencias – asunto de las “*Hormonas*” – justificación científica pertinente.

ABSTRACT:

In the last years, the precautionary principle has turned out to be a key principle in the area of health and food safety, too. In this paper, we would like to briefly present and analyse the range of this principle in the framework of the World Trade Organization. In this sense, we will go to those juridical instruments adopted by this Organization, which are more relevant for the protection of the human health; we will study them from the perspective of the Dispute Settlement Body jurisprudence. Finally, we will also mention the problem of the juridical status of the precautionary principle in the International Law.

Keywords: Precautionary principle – World Trade Organization – Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures – Dispute Settlement Body – “*Hormones*” case – pertinent scientific justification.

El alcance del principio de precaución en el marco de la Organización Mundial del Comercio

Sumario: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. I. El alcance y el contenido del principio de precaución en los textos de la Organización Mundial del Comercio. II. La jurisprudencia desarrollada por el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio en lo referido al principio de precaución. III. ¿Es el principio de precaución una norma de Derecho internacional general?. CONCLUSIONES.

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El desarrollo de las relaciones económicas y comerciales internacionales, y la evolución del Derecho internacional han determinado, entre otras cosas, la aparición de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC). Una de las cuestiones más delicadas a las que esta Organización ha tenido que enfrentarse desde el primer día de su creación ha sido la búsqueda de un equilibrio entre las reglas del comercio, por un lado, y la protección de la salud y seguridad alimentarias, y del medio ambiente, por otro lado. Y, su actividad desempeñada hasta ahora en estas materias ha permitido que se decanten ciertos principios, como: el análisis del riesgo, la trazabilidad o la rastreadabilidad, la transparencia, la equivalencia, etc. Aunque, sin duda, es el principio de precaución el que se ha perfilado, en la última década sobre todo, como uno de los principios estrella en el ámbito de la protección de la salud y seguridad alimentarias y de las personas, y de la defensa del medio ambiente.

Hay que señalar, ya de entrada, que el principio de precaución constituye un principio polifacético, que ha ido evolucionando con el paso de los años. Llegando a constituir, hoy en día, un elemento intrínseco de los instrumentos internacionales referidos a: la protección de la atmósfera, la contaminación de las aguas, la contaminación de los mares y la protección del medio marino, la pesca, etc. Además, este principio representa una de las piedras angulares de la nueva regulación jurídica de las cuestiones relativas a la salud y la seguridad alimentaria. De ahí que no sea de extrañar el gran interés de los principales polos comerciales por establecer el lugar que se le atribuye en los textos jurídicos internacionales en este campo. Prueba de ello lo son las múltiples controversias económicas y políticas que ha generado a escala mundial, de las que se han hecho eco la comunidad jurídica y la científica¹, como, por lo demás, recoge una abundante doctrina².

¹ Sobre este mismo, véase: FREESTONE, D.: "International Fisheries Law Since Rio: The Continued Rise of the Precautionary Principle", en BOYLE, A.; FREESTONE, D. (ed.): *International Law and Sustainable Development. Past Achievements and Future Challenges*, Oxford University Press (Oxford, 1999), p. 135.

² Baste con mencionar, ahora, entre otros muchos más: O'RIORDAN, T.; CAMERON, J.; JORDAN, A. (ed.): *Reinterpreting the Precautionary Principle*, Cameron May (London, 2001); SADELEER, N. DE: *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant (Bruxelles, 1999); KOURILISKY, P.; VINÉY, G: *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Odile Jacob (Paris, 2000); RIECHMANN, J.; TICKNER, J. (coord.): *El principio de precaución en medio ambiente y salud pública: de las definiciones a la práctica*, Icaria Más Madera (Barcelona, 2002); TROUWBORST, A.: *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, Kluwer Law International (The Hague, 2002).

Ello, unido a la naturaleza compuesta y compleja del principio de precaución, quizás explique el por qué de la ausencia todavía de una definición del mismo, unánimemente aceptada por los Estados a escala internacional.³ En la actualidad, ciertamente, es un principio ampliamente utilizado, pero casi nunca definido de una manera precisa. Esta falta de definición, junto con las interpretaciones divergentes que se han dado sobre el mismo⁴, ha impuesto que, a veces, se hayan minusvalorado los costes económicos y sociales que este principio implica y que, en otras situaciones, en cambio, lo que se ha tomado debidamente en cuenta ha sido su labor de protección de la salud y la seguridad alimentarias.

La finalidad de este trabajo es presentar y analizar cuál es el alcance del principio de precaución respecto de la salud y seguridad alimentaria de las personas⁵ en el marco de la OMC. En este sentido, acudiremos a aquellos instrumentos jurídicos procedentes de esta Organización con mayor trascendencia en esta materia, a los que estudiaremos desde el prisma de la jurisprudencia desarrollada por el Órgano de Solución de Diferencia (en adelante, OSD) al respecto. En este sentido, consideramos que habrá que acudir, primeramente, a aquellos textos jurídicos que recogen la exigencia de la protección de la salud y seguridad alimentarias de las personas (I), y, seguidamente, al desarrollo de los mismos mediante la jurisprudencia del OSD que, como veremos, busca encontrar un equilibrio apropiado entre las reglas del comercio y las medidas de protección de la salud y seguridad alimentarias (II). Acabaremos el presente trabajo con un planteamiento acerca de la naturaleza jurídica del principio de precaución en el Derecho internacional, cuestión trascendental, consideramos, para el actual y futuro alcance de este principio en un escenario comercial mundial como es él en que vivimos (III).

I. EL ALCANCE Y EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN LOS TEXTOS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Hay que destacar, ya de entrada, que el principio de precaución no constituye una innovación jurídica del Derecho de la OMC, sino que éste había conocido con anterior-

3 En nuestra opinión, la definición más comprensiva y que nos resulta más útil para el análisis propuesto en este trabajo pertenece a los autores PHILLIPE KOURILSKY y GENEVIÈVE VINEY, que consideran que: "El principio de precaución define la actividad que debe cumplir toda persona que adopta una decisión relacionada con una actividad la que, razonablemente, se puede suponer que conlleva un peligro grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente. Este principio se impone especialmente a los poderes públicos que deben hacer prevalecer los imperativos de salud y de seguridad sobre las libertades comerciales entre las personas y entre los Estados. Este principio implica adoptar todas las disposiciones que permiten, con un coste económico y socialmente soportable, detectar y evaluar el riesgo, reducirlo a un nivel aceptable y, si ello fuera posible, eliminarlo, así como informar a las personas concernidas y recoger sus sugerencias sobre las medidas previstas para examinarlas. Este dispositivo de precaución debe ser proporcionado a la importancia del riesgo y debe poder ser revisado en cualquier momento". Véase: KOURILSKY, P.; VINEY, G: *Le principe de ...*, cit., p. 95.

4 Casi todos los que han escrito sobre el principio de precaución han intentado ofrecer una definición del mismo. Otros autores, incluso, han llegado a realizar variantes del mismo; así es el caso de: CRANOR, C. F.: "Asymmetric Information, the Precautionary Principle, and Burdens of Proof", en RAFFENSPERGER, C.; TICKNER, J. (ed.): *Protecting Public Health and the Environment. Implementing the Precautionary Principle*, Island Press (Washington, D.C., Covelo, 1999), pp. 75-86; HEWISON, G. J.: "The Precautionary Approach to Fisheries Management: An Environmental Perspective", *The International Journal of Marine and Coastal Law* (vol. 11, nº 3, 1996), pp. 312-314.

5 A lo largo de este trabajo, entenderemos la *seguridad alimentaria* desde la perspectiva de las condiciones que han de reunir los productos alimenticios que se encuentren al alcance de los consumidores en un momento determinado, y no como un componente del desarrollo.

ridad una acogida importante en los sistemas jurídicos de los países nórdicos y en Alemania desde hace cuatro décadas aproximadamente. Así, la noción de *Vorsorge*, que aparece mencionada en el Derecho alemán, cubre un abanico de significados que combina “la precaución” con preocuparse en el futuro, y parte de la base de que, en la medida de lo posible, los atentados al medio ambiente deben evitarse antes de que se produzcan. En este sentido, la *Vorsorge* implica la detección precoz de todo peligro para la salud y el medio ambiente mediante una investigación que preste una especial atención a las relaciones de causa-efecto.⁶

Este principio fue incluido en los textos de Derecho internacional, por vez primera y de una manera implícita, en la Carta Mundial de la Naturaleza (1982)⁷; y, la primera mención explícita del mismo aparece en la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Ministerial sobre la Protección del Mar del Norte (1987)⁸. En aquella época, el principio de precaución correspondía a la simple idea conforme a la cual era legítimo adoptar medidas de prevención. Y, empezará a cobrar una relevancia importante a escala internacional a partir de su acogida por la Declaración de Río (1992)⁹, cuyo Principio 15 prevé: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el *criterio de precaución* conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”¹⁰.

Y, refiriéndonos, ahora, al ámbito específico de la OMC, hay que mencionar que sus textos más relevantes para la materia objeto de nuestra atención son: el Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (en adelante, Acuerdo MSF), el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio. Aunque nos centraremos en el estudio solamente del Acuerdo MSF¹¹ al considerar que es en éste en el que esta Organización mejor plasma la necesidad de encontrar un equilibrio apropiado entre las reglas del comercio y las medidas de protección de la salud y

6 La noción de *Vorsorge* se compone del sustantivo *Sorge* y *besorgen* -preocuparse por- y cuyo significado es prepararse para el futuro que se espera que sea difícil. Al principio, *Vorsorge* ha sido traducido en la doctrina alemana por “prevención”. Lo mismo ocurrió, también, en otros Estados, como Canadá por ejemplo, que tradujo la expresión “démarche de précaution” (gestión precautoria) por “démarche préventive” (gestión preventiva). En este sentido, véase: KRÄMER, L.: “General Principles of Community Environmental Law and Their Translation into Secondary Law”, *Revue des affaires européennes - Law & European Affairs* (nº 3&4, 1999), pp. 357-358.

7 Asamblea General, Resolución 37/3 de 28 de octubre de 1982. 37. Doc. A/37/51 (1982). El Principio II prevé: “Se controlarán las actividades que pueden tener consecuencias sobre la naturaleza y se utilizarán las mejoras técnicas disponibles que reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales; en particular: [...] b) Las actividades que pueden entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza, y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales”.

8 Se trata de la llamada “Declaración de Londres”, párrafo VII.

9 La *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* fue adoptada durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, desarrollada en Río de Janeiro (3-14 de junio de 1992); entrada en vigor: 29 de diciembre de 1993; Instrumento de Ratificación para España: 21 de diciembre de 1993, *BOE* núm. 27 de 1 de febrero de 1994.

10 (las cursivas son nuestras)

11 Sobre un análisis exhaustivo del Acuerdo MSF, véanse, entre otros más: IYNEDJIAN, M.: *L'Accord de l'Organisation Mondiale du Commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires. Une analyse juridique*, L.G.D.J. (Paris, 2002); MATSUSHITA, M.; SCHOENBAUM, T.J.; MAVROIDIS, P.C.: *The World Trade Organization. Law, Practice and Policy*, Oxford University Press (Oxford, 2003), pp. 494-510; SCOTT, J.: *The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures. A Commentary*, Oxford University Press (Oxford, 2007).

seguridad alimentarias de las personas.¹² Papel destacado que le ha sido ampliamente reconocido al ser incluido en el Ordenamiento jurídico tanto internacional como de la Unión Europea que, en la actualidad, dispone del sistema más avanzado de seguridad alimentaria de sus consumidores.

Además, hay que partir de la constatación de que, de las más de 300 controversias que se le han planteado al OSD de la OMC hasta la fecha¹³, 31 de ellas mencionan una infracción del Acuerdo MSF, aunque en cinco casos éste no fuera el objeto principal de la diferencia. De entre estos pronunciamientos, los más destacados a los efectos del presente trabajo, y a nuestro entender, son los fallados en los asuntos siguientes: *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos* (“Hormonas”) (WT/DS26 y WT/DS48), *Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE-Hormonas* (WT/DS320 y WT/DS321), *Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón* (WT/DS18), *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas* (WT/DS76), y *Japón-Medidas que afectan a la importación de manzanas* (WT/DS245).

De igual modo, cabe indicar que existen, también, otras controversias planteadas a la OMC en materias íntimamente relacionadas con la protección de la salud y seguridad alimentarias de las personas humanas, pero que, debido a su escaso desarrollo hasta la fecha, no serán objeto de especial atención por nuestra parte.¹⁴ Y tampoco nos referiremos a la problemática del principio de precaución en la materia de los Organismos Modificados Genéticamente al entender que su estudio excedería los términos propuestos para este trabajo.¹⁵

A nuestro entender, son tres las disposiciones del Acuerdo MSF que recogen el principio de precaución – el párrafo 6º del Preámbulo, el art. 3.3 y el art. 5.7. Siendo este último el más relevante y el más debatido en el marco del OSD al contener todos los elementos que caracterizan a este principio¹⁶, a saber: *en primer lugar*, que se trate

12 Para un estudio de los otros Acuerdos de la OMC que recogen determinados aspectos del principio de precaución, véanse: CHEYNE, I.: “Gateways to the Precautionary Principle in WTO Law”, *Journal of Environmental Law* (vol. 19, nº 2, 2007), pp. 162-171; MARCEAU, G.: “Le principe de précaution et les règles de l’Organisation Mondiale du Commerce (OMC)”, en LEBEN, C.; VERHOEVEN, J. (dir.): *Le principe de précaution: aspects de droit international et communautaire*, Pantheon Assas (Paris, 2002), pp. 142-148; MARCEAU, G.; TRACHTMAN, J.P.: “The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade. A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods”, *Journal of World Trade* (vol. 36, nº 5, 2002), pp. 811-881.

13 En este sentido, véase: “Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Examen del funcionamiento y aplicación del Acuerdo MSF – Documento de antecedentes – Nota de la Secretaría – Revisión”, G/SPS/GEN/510/Rev.1, 23 de febrero de 2005, p. 17 y el Apéndice B.

14 Se trata, principalmente, de los siguientes asuntos: *Turquía-Prohibición de las importaciones de alimentos para animales de compañía procedentes de Hungría* (WT/DS256/1, G/L/538, G/SPS/GEN316, G/AG/GEN/51) y *Croacia-Medida que afecta a las importaciones de animales vivos y productos cárnicos* (WT/DS297/1, G/L/636, G/SPS/GEN/411).

15 En este sentido, hay que distinguir entre, por un lado, los asuntos planteados a la OMC en lo referido al empleo de OMG (*Egipto-Prohibición de la importación de atún en lata con aceite de soja*, WT/DS205/1, G/L/392, G/SPS/GEN/203); y, por otro lado, las demandas respecto de los productos biotecnológicos, que fueron introducidas contra la Comunidad Europea por parte de los Estados Unidos de América, Canadá y Argentina (*Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291, WT/DS292 y WT/DS293). Por lo que se refiere al alcance del principio de precaución en estos tres últimos asuntos, véase: GRADONI, L.; RUIZ FABRI, H.: “Droit de l’OMC et précaution à la lumière de l’affaire des <<OGM>>”, *Recueil Dalloz* (nº 22, 2007), pp. 1532-1536.

16 El art. 5.7 del Acuerdo MSF prevé: “Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinentes de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetivas del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable”.

de un peligro grave e irreversible para la vida y la salud de las personas y de los animales, o para la preservación de los vegetales; *en segundo lugar*, que no se disponga de suficientes datos científicos pertinentes; *en tercer lugar*, que la medida adoptada sea proporcional con el daño que se produciría si no se aplicara este principio; y, *en cuarto lugar*, que la medida adoptada sea revisada sobre la base de los nuevos datos científicos “en un plazo razonable” (en este sentido, el miembro de la OMC interesado tratará “de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo”).

Ello ha sido afirmado por el Órgano de Apelación constituido en el asunto *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*.¹⁷ Además de estas cuatro condiciones de fondo, en la doctrina se ha considerado que existe una quinta más, que no ha sido mencionada expresamente en el Acuerdo MSF, pero que se deduce al hilo de la lectura de las disposiciones de este Acuerdo. Se trataría de la obligación de aquel miembro que invoque la aplicación del art. 5.7 de respetar las otras disposiciones del Acuerdo MSF, como podría ser el caso, por ejemplo, de la obligación de no discriminación.¹⁸

Los cuatro elementos antes enumerados han de reunirse cumulativamente.¹⁹ De ahí que el incumplimiento de cualquiera de ellos implicara la violación del art. 5.7 del Acuerdo MSF, y, una vez que se pruebe que alguno de ellos no se cumple, no es necesario seguir examinando a los otros.²⁰

Por otra parte, hay que señalar que el art. 5.7 del Acuerdo MSF representa una excepción cualificada tanto del art. 2.2 como del art. 5.1 de este mismo Acuerdo. Así, según el art. 2.2, la decisión de emplear las disposiciones del Acuerdo MSF en lo referido al principio de precaución a la hora de elegir un nivel de protección pertenece solamente a los miembros de la OMC que, al mismo tiempo, también tienen el deber de fundamentar su actuación sobre principios científicos y sobre la base de “testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5”.

El Órgano de Apelación constituido en el asunto *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*²¹ afirmó que el art. 2.2 estipula que, a falta de testimonios científicos pertinentes, un miembro de la OMC podrá adoptar, provisionalmente, medidas sanitarias y fitosanitarias “sobre la base de la información pertinente de que disponga” en un momento determinado. Por otro lado, dicho miembro tratará “de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo”, y como tal revisará “la medida sanitaria y fitosanitaria en un plazo razonable”. En este sentido se había pronunciado, también, el Grupo Especial en la diferencia *Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón*.²²

El art. 5.7 representa, asimismo, una excepción del art. 5.1 del Acuerdo MSF, según el cual los miembros de la OMC “se asegurarán de que sus medidas [...] se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes” para la salud

17 Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, 22 de febrero de 1999, punto 89. Véase igualmente el Informe del Grupo Especial creado en este mismo asunto, WT/DS76/R, 27 de octubre de 1998, punto 8.56.

18 Sobre este mismo, véase: NGO, M-A.: “La conciliation entre les impératifs de sécurité alimentaire et la liberté du commerce dans l’Accord SPS”, *Revue Internationale de Droit Économique* (vol. 21, n° 1, 2007), p. 33.

19 Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*, cit., punto 89.

20 *Ibidem*, punto 91.

21 *Ibidem*, puntos 72 y 80.

22 Informe del Grupo Especial *Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/R, 12 de junio de 1998, punto 8.57.

y seguridad alimentarias, “teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes”.

El Grupo Especial constituido en el asunto de las “*Hormonas*” estimó que una aplicación especial de las obligaciones básicas contenidas en el art. 2.2 podía ser lo que se contiene en el art. 5.1 del Acuerdo MSF.²³ Posteriormente, el Órgano de Apelación establecido en la misma controversia comercial estuvo de acuerdo con esta interpretación y, además, consideró que el art. 2.2 y el art. 5.1 deberían interpretarse conjuntamente, ya que “el párrafo 2 del artículo 2 inspira al párrafo 1 del artículo 5: los elementos que definen la obligación básica establecida en el párrafo 2 del artículo 2 dan sentido al párrafo 1 del artículo 5”.²⁴ De ahí en adelante las resoluciones del OSD mencionarán conjuntamente a los arts. 2.2 y 5.1 del Acuerdo MSF. En definitiva, el art. 5.7 no se agota en el principio de precaución.

Por ejemplo, en el asunto *Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón*, tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación se manifestaron en el sentido de que el incumplimiento del art. 5.1 del Acuerdo MSF constituye, también, un incumplimiento implícito del art. 2.2.²⁵ En relación con ello, cabe señalar que estos dos Informes del OSD de la OMC han representado un avance considerable para la interpretación de este artículo. Así, mientras que en el asunto de las “*Hormonas*”, el Órgano de Apelación no había considerado necesario examinar la compatibilidad de la medida sanitaria comunitaria con, entre otros, el art. 2.2, al estimar que bastaba con ponderar la medida a la luz de los arts. 2.2 y 5.1, en el caso de los asuntos *Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón* y *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*, dicho Órgano estimó que la obligación contenida por el art. 2.2 prescribía unas obligaciones independientes a las establecidas en el art. 5 y que, por consiguiente, también era necesario examinar si las medidas sanitarias y fitosanitarias en cuestión eran conformes con el art. 2.2 del Acuerdo MSF, por ejemplo.

Ahora bien, el hecho de que una medida no sea conforme al art. 5.7 del Acuerdo MSF, no implica que haya una infracción automática de los arts. 2.2 y 5.1 del Acuerdo MSF, puesto que, entre otras cosas, “la legalidad de una medida” basada en este artículo “se puede determinar independientemente de las prescripciones” de los otros dos artículos del Acuerdo MSF, al representar “una excepción a esas dos disposiciones”. Así lo afirmaron las Comunidades Europeas en respuesta a la Pregunta n° 2 formulada por el Grupo Especial después de la segunda reunión sustantiva²⁶ en el marco del asunto *Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE-Hormonas*.²⁷

Como decíamos, el principio de precaución se encuentra reflejado, también, en el párrafo 6° del Preámbulo y en el art. 3.3 del Acuerdo MSF. En virtud de estas dispo-

23 Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos-Estados Unidos (“Hormonas”)*, WT/DS26/R/USA, 13 de febrero de 1998, punto 8.93; Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (“Hormonas”)*, WT/DS48/R/CAN, 13 de febrero de 1998, punto 8.96.

24 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (“Hormonas”)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998, punto 180. Véase igualmente: Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, 22 de febrero de 1999, punto 75.

25 Informe del Grupo Especial *Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/R, 12 de junio de 1998, punto 8.96; Informe del Órgano de Apelación *Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/AB/R, 6 de noviembre de 1998, puntos 112-115.

26 Esta segunda reunión sustantiva se celebró el 31 de octubre de 2006.

27 En este sentido, véase: Informe del Grupo Especial *Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE-Hormonas*, Addendum 3, WT/DS320/R/Add.3 y WT/DS321/R/Add.3, 31 de marzo de 2008, p. C-29.

siciones, la utilización de medidas sanitarias y fitosanitarias armonizadas a escala internacional no requiere, necesariamente “que los Miembros modifiquen su nivel adecuado de protección de la vida o la salud de las personas y de los animales o de preservación de los vegetales”.²⁸ Y, por lo tanto, dichos miembros están perfectamente capacitados para “establecer o mantener” aquellas medidas “que representen un nivel de protección sanitaria más elevado [...] 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”, pero siempre y cuando dichas medidas no fueran “incompatibles con ninguna otra disposición” del Acuerdo MSF.

A nuestro entender, esto se debe a que, entre otras cosas, el principio de precaución no haya sido incluido en el mencionado Acuerdo “como un motivo que justifique las medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en determinadas disposiciones” de este mismo instrumento jurídico.²⁹ Esta importante interpretación para la materia ha sido realizada, por vez primera, por el Órgano de Apelación creado en el asunto de las “*Hormonas*” y reiterada por la jurisprudencia posterior del OSD.³⁰

Al hilo de la lectura de las disposiciones del Acuerdo MSF en las que se refleja el principio de precaución podría afirmarse que la existencia o la inexistencia de una *justificación científica pertinente* representa la espina dorsal de la caracterización de una medida conforme o no a este principio. También en relación con esta cuestión, el OSD de la OMC ha tenido una importante aportación al afirmar que la *justificación científica* implica saber “si existe una relación racional entre la medida sanitaria y fitosanitaria objeto de litigio y la información científica disponible”.³¹ Por lo tanto, en ausencia de información o cuando haya incertidumbre en la interpretación de la información respecto de la existencia de un potencial peligro grave e irreversible para la salud humana, el principio de precaución debería convertirse en la principal consideración.³²

Pero, ¿cuándo la información científica pertinente será considerada suficiente o insuficiente para poder respaldar la adopción de una medida en virtud del principio de precaución? La respuesta se encuentra en los distintos Informes presentados ya por el OSD. Órgano que se ha posicionado en el sentido de que las pruebas científicas pertinentes en un determinado caso serán insuficientes a tenor del art. 5.7 del Acuerdo MSF si el conjunto de las mismas “no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos”.³³ Por lo tanto, lo realmente relevante es si dichas pruebas “son suficientes para que pueda evaluarse la probabilidad” de producirse un riesgo grave e irreversible para la salud y seguridad alimentarias de la persona humana”.³⁴

28 El derecho de los miembros de la OMC a establecer el nivel adecuado de protección en su Ordenamiento jurídico interno ha sido reconocido por el OSD en distintas ocasiones. Valga con mencionar, ahora, al asunto *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998, punto 177.

29 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, 16 de enero de 1998, punto 124.

30 En este sentido, Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, 22 de febrero de 1999, punto 81.

31 Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, 22 de febrero de 1999, punto 79.

32 Informe del Grupo Especial *Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE-Hormonas*, Addendum 3, WT/DS320/R/Add.3 y WT/DS321/R/Add.3, 31 de marzo de 2008, punto 73, p. C-22.

33 Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS245/AB/R, 10 de diciembre de 2003, punto 179.

34 Informe del Grupo Especial *Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE-Hormonas*, WT/DS320/R, 31 de marzo de 2008, punto 7.624. Consúltense, igualmente, los puntos 7.614-7.648.

En relación con ello, cabe señalar que la inexistencia de una justificación científica pertinente no ha de confundirse con la incertidumbre científica. Se trata de dos conceptos distintos ya que la aplicación del art. 5.7 del Acuerdo MSF “no se activa por la existencia de incertidumbre científica, sino más bien por la insuficiencia de testimonios científicos”. Además, esta disposición del Acuerdo MSF se refiere a aquellos casos en los que “los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes”, no a la “incertidumbre científica”, es decir se trata de dos conceptos que no son intercambiables.³⁵

A nuestro entender, esta interpretación del principio de precaución podría llegar a entrar en conflicto con la definición del mismo recogida por el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología.³⁶ Así, mientras en el art. 5.7 del Acuerdo MSF se prevé que el principio que nos ocupa en este trabajo puede aplicarse en caso de “pruebas científicas insuficientes” para los riesgos probados, en el caso del Protocolo de Cartagena, éste se aplicará en “ausencia de certeza científica” y para riesgos no necesariamente probados³⁷. No hay que olvidar, además, que todos los miembros de la OMC han ratificado ya el Protocolo de Cartagena y que, en la actualidad, no existe todavía un adecuado mecanismo de solución de aquellas controversias comerciales que podrían surgir debido a la diferente regulación de cuestiones importantes relativas a la protección de la salud y seguridad alimentarias en el marco de la OMC y del Protocolo de Cartagena, respectivamente.³⁸

II. LA JURISPRUDENCIA DESARROLLADA POR EL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO EN LO REFERIDO AL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

En nuestra opinión, la jurisprudencia desarrollada por el OSD de la OMC ha contribuido, considerablemente, a intentar esclarecer el contenido y el alcance del principio de precaución en el ámbito internacional. El asunto de las “*Hormonas*” representa, sin duda alguna, el verdadero punto de inflexión en la consideración de este principio en tanto elemento fundamental para la protección de la salud y seguridad alimentarias de las personas.

En esta controversia comercial, por un lado se encontraban los intereses económicos de Estados Unidos y Canadá que sostenían que “la precaución” no podía ser considerada como un principio general de Derecho, sino como un mero criterio, y, por otro lado, se situaban los intereses de la Comunidad Europea (en adelante, CE) que sostenía

35 En este sentido, véase: Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS245/AB/R, 10 de diciembre de 2003, punto 184. Sobre este mismo, consúltese: ALEMANNO, A.: *Trade in Food. Regulatory and Judicial Approaches in the EC and the WTO*, Cameron May Ltd. (London, 2007), pp. 285-286.

36 Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del Convenio sobre la diversidad biológica, UNEP/CBD/Ex COP/1/L.5, 28 de enero de 2000.

37 El art. 10.6 del Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología prevé: “La falta de certeza científica debida a una insuficiente información científica pertinente y de conocimientos sobre los efectos potencialmente peligrosos de un organismo vivo modificado para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica de la Parte importadora, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a dicha Parte adoptar una decisión, según de que se trate [...], a fin de evitar o minimizar los efectos potencialmente peligrosos”.

38 Sobre este mismo, véanse: ALEMANNO, A.: *Trade in ...*, cit., pp. 287-288; PHILLIPS, P.W.B.; KERR, W.A.: “The WTO Versus the Biosafety Protocol for Trade in Genetically Modified Organisms”, *Journal of World Trade* (vol. 34, n° 4, 2000), pp. 669-674; YOUNG, A.R.: *Trading Up or Trading Blows? US Politics and Transatlantic Trade in Genetically Modified Food*, EUI Working Papers, European University Institute, RSC No. 2001/30 (Italy, September, 2001), p. 32.

al respecto que este principio ya había adquirido la naturaleza de principio de Derecho internacional consuetudinario. En concreto, la Comunidad afirmaba que la aplicación del principio de precaución era legítima en aquellas situaciones en las que no hubiese una base científica suficiente para poder afirmar la seguridad de los productos alimenticios.³⁹

En apoyo a su posición, la CE alegó, ante los Grupos Especiales, que el principio de precaución era una “regla consuetudinaria general de Derecho internacional” o, por lo menos, un “principio general de Derecho internacional del medio ambiente y de la salud”, necesario para asegurar un nivel de protección apropiado, de conformidad con las disposiciones del Acuerdo MSF. Asimismo, la Comunidad estimó que este Acuerdo no requería que se tuviera en cuenta el grado de probabilidad de producción de un daño, y que el principio de precaución no se aplicaba únicamente en la fase de la gestión del riesgo, sino también en la evaluación del mismo.

Más tarde, ante el Órgano de Apelación constituido en la misma controversia, la Comunidad alegó que el Grupo Especial no había estado acertado al indicar que la aplicación de dicho principio “no puede prevalecer sobre el texto de los párrafos 1 y 2 del art. 5 del Acuerdo MSF”, y al sugerir, también, que éste pudiera encontrarse en conflicto con las disposiciones en cuestión. En apoyo de sus alegaciones, la parte europea sostenía que tanto los párrafos 1 y 2 del art. 5 como el Anexo 4 del Acuerdo MSF no prescribían un tipo particular de evaluación del riesgo, sino que se limitaban a identificar los factores que deberían tenerse en cuenta. Por otro lado, la CE afirmaba que el Grupo Especial había incurrido en error de derecho al considerar que este principio solamente era aplicable a las “medidas provisionales” de conformidad con el art. 5.7 del Acuerdo MSF.⁴⁰ Y, de ahí que dichas disposiciones no impidiesen a los miembros proceder “con cautela” al establecer normas sanitarias cuando se encuentran frente a una información científica contradictoria y ante una situación de incertidumbre.⁴¹

Tal y como se sostuvo posteriormente por la doctrina, la posición adoptada por la Comunidad se vio debilitada, sobre todo, porque en el comercio internacional de productos alimenticios no se le reconocía al principio de precaución la naturaleza que sugería la CE.⁴²

39 De hecho, según la posición adoptada por la Unión Europea, la decisión del empleo del principio de precaución, en realidad, fue un asesoramiento político del riesgo. Véase: BRIDGES, J. W. y BRIDGES, O.: “Hormones as growth promoters: the precautionary principle or a political risk assessment?”, en *European Environment Agency: Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000*, Environmental Issue Report n° 22 (Copenhague, 2001), p. 154.

40 Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, Reclamación de los Estados Unidos, WT/DS26/R/USA, 13 de febrero de 1998, *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, Reclamación del Canadá, WT/DS48/R/CAN, 13 de febrero de 1998, puntos 8.160 y 8.161.

41 Informe del Órgano de Apelación *Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 13 de febrero de 1998, punto 16. En esa ocasión, el Comisario europeo de agricultura de entonces, Franz Fischler, afirmó, en contestación a una pregunta del eurodiputado Giuseppe Rauti, que “la Comisión seguirá invocando el principio de precaución para apoyar sus reclamaciones y defendiendo que el derecho de la Comunidad a decidir qué nivel de protección sanitaria considera adecuado para sus habitantes debe ser reconocido plenamente por el Acuerdo sanitario y fitosanitario” (DO C 82 de 17.03.1998, p. 112). En este sentido, véase: STREINZ, R.: “The Precautionary Principle in Food Law”, *European Food Law Review* (n° 4, 1998), p. 413.

42 Sobre este mismo, existe una amplísima aportación doctrinal; baste con mencionar, ahora, de entre otros muchos más a: LABOUZ, M-F.: “Le principe de précaution dans le différend sur la viande aux hormones à l’OMC”, en LABOUZ, M-F. (ed.): *Le partenariat de l’Union Européenne avec les pays tiers. Conflicts et convergences*, Bruylant (Bruxelles, 2000), pp. 331-340; CANAL-FORGUE, E.: “Le système de règlement des différends de l’Organisation mondiale du commerce”, *RGDIP* (1994), pp. 11-18; BOSSIS, G.: “La notion de sécurité alimentaire selon l’OMC: entre minoration et tolérance timide”, *Revue générale de droit international public* (105/2001/2), pp. 331-354; SALMON, N.: “A European perspective on the precautionary principle, food safety and the free trade imperative of the WTO”, *European Law Review* (vol. 27, n° 2, 2002), p. 141.

Y tampoco la Comunidad llegó a explicar cómo el principio de precaución afectaba al requisito contenido en el Acuerdo MSF de que una medida debe basarse en criterios científicos y en una evaluación del riesgo y que este medio no puede mantenerse sin testimonios científicos suficientes.⁴³ Además, la CE no podría invocar el principio de precaución para justificar su actitud, ya que una medida restrictiva a los intercambios comerciales tendría que estar fundamentada sobre riesgos debidamente evaluados y no sobre incertidumbres inherentes a la evaluación científica.⁴⁴

En contestación a las alegaciones de la CE según las cuales existía un principio de Derecho internacional generalmente aceptado que podría denominarse “principio de cautela”, los Estados Unidos sostenían que esta posición era errónea, ya que el “principio de cautela” podía caracterizarse como un “enfoque”, esto es como un criterio no como un principio, cuyo contenido varía de un contexto a otro y que, efectivamente, el Acuerdo MSF ya reconocía un enfoque de cautela a través de su art. 5.7. Por lo tanto, los Estados Unidos consideraban que no existía necesidad alguna de invocar este “principio”, ya que el Acuerdo MSF preveía la posibilidad para los miembros de determinar su propio nivel de protección sanitaria, en virtud de un enfoque de cautela, de conformidad con el mencionado art. 5.7. Por lo que se refiere a Canadá, apuntaba que el Grupo Especial no se había manifestado sobre si el “principio de cautela” formaba parte o no del Derecho internacional, sino que más bien reconocía que dicho principio estaba reflejado en el citado art. 5.7 y que éste no podía prevalecer sobre los párrafos 1 y 2 del art. 5 y tampoco sobre alguna otra disposición del Acuerdo MSF. De ahí que este país considerase que el principio de precaución era tan sólo un “enfoque cautelar” desde el momento en que aquel aún no era una reconocido como regla consuetudinaria o un principio general del Derecho internacional.⁴⁵

Finalmente, el Órgano de Apelación estimó que el principio de precaución no había sido incluido en el texto del Acuerdo MSF para justificar las medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los miembros de la OMC establecidas en determinadas disposiciones, a pesar de que este principio se encontrase reflejado en el art. 5.7 de este Acuerdo. Asimismo, consideró que este principio tampoco prevalecía sobre las disposiciones de los párrafos 1º y 2º del art. 5 del Acuerdo MSF, y que los Gobiernos responsables y representativos debían actuar generalmente con prudencia y precaución cuando se tratase de riesgos de daños irreversibles para la vida o la salud de los seres humanos.⁴⁶

Esta misma posición adoptada por el Órgano de Apelación en el asunto de las “*Hormonas*” volvió a ser afirmada en el caso de la diferencia comercial *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*. En su calidad de demandado, Japón alegaba, por un lado, que ninguna disposición del art. 2.2 del Acuerdo MSF sugería que la medida adoptada debía basarse en “testimonios científicos suficientes” y, por otro lado, que en el Informe adoptado por el Grupo Especial constituido en la misma controversia, el concepto de “relación de causalidad efectiva” equivalía a una negación del principio de precaución y que tampoco encontraba su base legal en el mencionado Acuerdo de la OMC. Apuntaba, también, que el principio de precaución quedaba patente a raíz de los

43 Informe del Órgano de Apelación *Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, 13 de febrero de 1998, puntos 43 y 60.

44 Véase : SADELEER, N. DE: *Les principes du ...*, op. cit., pp. 144-145.

45 Véase igualmente: “Comité de Medidas sanitarias y Fitosanitarias – El trato de precaución en el Acuerdo MSF – Declaración del Canadá en la reunión celebrada los días 14 y 15 de marzo de 2001”, G/SPS/GEN/246, 27 de abril de 2001.

46 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, 13 de febrero de 1998, puntos 124, 125 y 253.

Informes de los Órgano de Apelación formados en los asuntos de las “*Hormonas*” y *Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón*.⁴⁷ En cambio, los Estados Unidos, en calidad de demandante en esta controversia, consideraban que Japón ponía demasiado énfasis en las conclusiones del Órgano de Apelación, presentadas en anteriores asuntos, como por ejemplo en el de las “*Hormonas*”, y que, además, el OSD se había manifestado, con anterioridad, en contra de la utilización del principio de precaución para justificar una medida sanitaria y fitosanitaria, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF.⁴⁸

En conclusión, el Órgano de Apelación constituido en el asunto *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas* estimó que la medida controvertida en dicha diferencia⁴⁹ era una excepción a la obligación general contenida en el art. 2.2 del Acuerdo MSF, según la cual las medidas sanitarias y fitosanitarias se basan en los principios científicos y que, por lo tanto, el art. 5.7 reconocía la necesidad de la existencia de un mecanismo por el que se permitiera a un miembro de la OMC que obtenga toda la información adicional necesaria para conseguir, de este modo, una evaluación más objetiva de los riesgos y a que se revise la medida sanitaria y fitosanitaria adoptada, en un período razonable de tiempo.⁵⁰ Otra de las aportaciones significativas de este Informe es, como decíamos con anterioridad, el haber afirmado, expresamente, que el principio de precaución aparece, igualmente, mencionado en el Preámbulo y en el art. 3.3 del Acuerdo MSF.⁵¹

El Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón-Medidas que afectan a la importación de manzanas* representa otro momento importante en los pronunciamientos judiciales de la OMC en lo referido al principio objeto de nuestra atención. En esta controversia, el principio de precaución volvió a ser invocado para justificar la adopción de ciertas medidas sanitarias y fitosanitarias en el territorio de un miembro de la OMC. Japón, en su calidad de demandado, consideraba que el Grupo Especial constituido en el asunto en cuestión⁵² no había tenido en cuenta ni el mencionado principio ni la necesidad de prudencia expresada por los expertos, al no asignarle al principio de precaución un peso más importante en la evaluación de las pruebas y que, por lo tanto, el Informe presentado por éste era incompatible con su deber de realizar una “evaluación objetiva de los hechos”, de conformidad con las disposiciones del art. 11 del

47 En este sentido, Informe del Grupo Especial *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/R, 27 de octubre de 1998; Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, 19 de marzo de 1999, puntos 9 y 10.

48 Los Estados Unidos consideraban que si los testimonios científicos eran insuficientes de conformidad con el art. 2.2, un miembro de la OMC podía adoptar una medida provisional, siempre y cuando se cumplieren las condiciones previstas por el art. 5.7 del Acuerdo MSF. Véase: Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, 19 de marzo de 1999, punto 21. Por lo que respecta a la posición manifestada por parte de la Unión Europea, como parte coadyuvante, en lo referente al mencionado art. 5.7, ésta considera que la posición del Grupo Especial es insatisfactoria y, de hecho, coincide con Japón al considerar que éste había incurrido en error al analizar las previsiones del art. 5.7 (consúltense los puntos 64-69).

49 Se trataba de “la prescripción de pruebas por variedad”.

50 Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*, cit., punto 81. En este sentido, TREBILCOCK, M.; SOLOWAY, J.: “International trade policy and domestic food safety regulation: the case for substantial deference by the WTO Dispute Settlement Body under the SPS Agreement”, en KENNEDY, D.L.M.; SOUTHWICK, J.D. (ed.): *The Political Economy of International Trade. Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press (Cambridge, 2002), p. 572. Véase igualmente: Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, cit., punto 124.

51 Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*, cit., punto 81.

52 Informe del Grupo Especial *Japón-Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS245/R, 15 de julio de 2003.

Entendimiento de Solución de Diferencias.⁵³ En cambio, los Estados Unidos, como parte demandante, estimaban que los argumentos alegados por Japón ya habían sido rechazados en otras ocasiones por el Órgano de Apelación y que, por consiguiente, la posición mantenida por el Grupo Especial en su Informe era correcta.⁵⁴ El Órgano de Apelación concluyó señalando que el principio de precaución era ya parte integrante del Acuerdo MSF, pero que ello no liberaba a los firmantes de este Acuerdo de las obligaciones que les incumbían en virtud de éste, y que tampoco prevalecía sobre los párrafos 1º y 2º del art. 5 del Acuerdo MSF.⁵⁵

III. ¿ES EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN UNA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL?

Determinar la naturaleza consuetudinaria o no del principio examinado constituye un aspecto esencial del mismo ya que de ello dependen las consecuencias que vaya a tener sobre el comercio internacional. Así, si, por ejemplo, se considera que el principio de precaución constituye “una norma pertinente de Derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes”, ello significaría, en virtud de las disposiciones del art. 31.3.c) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que la interpretación del Acuerdo de la OMC debería efectuarse, también, a la luz de este principio.⁵⁶ Si este principio fuera un principio de Derecho internacional consuetudinario, significaría que tendría valor vinculante para los Estados y, por consiguiente, su incumplimiento traería consigo la correspondiente responsabilidad internacional.

Sobre la posibilidad de que el principio de precaución haya adquirido la condición de norma consuetudinaria internacional, se han manifestado dos corrientes de opiniones en la doctrina. Por una parte, se encuentran aquellos que consideran que, en la actualidad, existe suficiente práctica estatal ya y también el reconocimiento de su obligatoriedad jurídica en este campo como para estimar que el principio de precaución ha logrado alcanzar la condición de norma consuetudinaria internacional.⁵⁷ Mientras, otros,

53 Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a la importación de manzanas*, cit., punto 50.

54 *Ibidem*, punto 76.

55 *Ibidem*, puntos 232-234.

56 El art. 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé que: “31(1): Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objetivo y fin.

[..]

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

[...]

c) *toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*”. (las cursivas son nuestras)

Sobre este mismo, véanse, entre otros más, a: MARCEAU, G.: “Le principe de ...”, cit., pp. 133-134; PRIESS, H.-J.; PITSCHAS, C.: “Protection of Public Health and the Role of the Precautionary Principle under WTO Law: A Trojan Horse before Geneva’s Walls?”, *Fordham International Law Journal*, nº 1-2, 2000, p. 550; IYNEDJIAN, M.: *L’Accord de ...*, cit., p. 221.

57 Baste con mencionar, ahora, a: SANDS, P.: *Principles of International Environmental Law*, vol. I, Manchester University Press (Manchester, 1995), p. 212; CAMERON, J.: “The Status of the Precautionary Principle in International Law”, en O’RIORDAN, T.; CAMERON, J. (ed.): *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan Publications Ltd. (London, 1994), p. 283; CAMERON, J.; ABOUCHAR, J.: “The Status of the Precautionary Principle in International Law”, en FREESTONE, D.; HEY, E. (ed.): *The Precautionary Principle in International Law*, Kluwer Law International (The Hague, 1996), pp. 29-52.

en cambio, opinan que este principio no ha adquirido tal condición en el Derecho internacional⁵⁸ y que, como mucho, se trataría de un principio cuya naturaleza jurídica en el Derecho internacional contemporáneo sería, en la actualidad, bastante controvertida⁵⁹.

Como es bien sabido, para que un principio sea considerado un principio consuetudinario de Derecho internacional, hace falta que se reúnan dos elementos cumulativos: en primer lugar, se trata del elemento material, esto es, la utilización repetida, constante y uniforme por parte de los sujetos de Derecho internacional; y, en segundo lugar, se necesita que exista un elemento espiritual (*opinio iuris servae necessitatis*), es decir, la convicción por parte de dichos sujetos de que se trata de una práctica que los obliga jurídicamente. Lo que para el objeto de nuestra investigación vendría esclarecido por el contenido de los fallos de los órganos jurisdiccionales en la materia.

Hoy en día existe una amplia práctica estatal referida al principio de precaución, su naturaleza jurídica se extrae de distintas legislaciones y de la interpretación que han dado a las mismas las instancias judiciales de diversos países, tales como, entre otros: Australia, el Reino Unido, Costa Rica, Argentina, Chile, Ecuador, Perú e India.⁶⁰

Ahora bien, a pesar de esta amplia acogida del principio de precaución a nivel nacional, también hay que señalar la reserva que han manifestado, hasta la fecha, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) y el Tribunal Europeo de Derecho del Mar (en adelante, TIDM).

En primer lugar, por lo que se refiere a la CIJ, dos son las resoluciones que, aunque de manera indirecta, tocan el tema analizado, una, en *el asunto de los residuos nucleares franceses (Nueva Zelanda c. Francia)*⁶¹ y otra, en *el asunto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)*⁶². Ambas han dado lugar a amplísimos estudios⁶³, aunque aquí sólo mencionamos, brevemente, la atención que prestaron al principio de precaución.

58 En este sentido, IYNEDJIAN, M.: "Le principe de précaution en droit international public", *Revue du droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (2000), p. 253; KOURILSKY, P. ; VINEY, G.: *Le principe de ...*, cit., p. 129 y 138; MARCEAU, G.: « Le principe de ... », cit., p. 131-132. Sin embargo, algunos autores de la doctrina consideran que el principio de precaución es más que una norma no vinculante y que está actuando en el marco de los acuerdos privados. En este sentido, NOLLKAEMPER, A.: "The Precautionary Principle in International Environmental Law: What's New Under the Sun?", *Marine Pollution Bulletin* (nº 22, 1991), p. 108; MCINTYRE, O.; MOSEDALE, T.: "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law", *Journal of Environmental Law* (vol. 9, nº 2, 1997), p. 223.

59 Posición expresada, entre otros, por: GÜNDLIN, L.: "The Status in International Law of the Precautionary Principle", *International Journal of Estuarine and Coastal Law* (nº 25, 1990), p. 30; GROS, M.; DEHARBE, D.: "La controverse du principe de précaution", *Revue du Droit Public de la Science Politique en France et à l'Étranger* (nº 3, 2002), p. 821.

60 Sobre este mismo, véase: CAMERON, J.; ABOUCHAR, J.: "The Status of ...", cit., pp. 46-48.

61 *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgement of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, Order of 22 September 1995*, ICJ Yearbook 1995-1996, p. 198.

62 *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, Arrêt, 25 septembre 1997, CIJ Recueil 1997, p. 7.

63 De la abundante aportación doctrinal relacionada con ambos litigios, véanse entre otros: MCCAF-FREY, S. C.: *The Law of International Watercourses. Non-Navigational Uses*, Oxford University Press (Oxford, 2001), pp. 186-197; ESPALIÚ BERDUD, C.: *Desarrollos jurisprudenciales y práctica reciente en la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia*, Dykinson (Madrid, 2000), p. 136; SOHN-LÉ, J.: "Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la C.I.J.: l'affaire Gabčíkovo-Nagymaros", *RGDIP* (nº 1, 1998), pp. 85-121; COUSSIRAT-COUSTÈRE, V.: "La reprise des essais nucléaires français devant la Cour Internationale de Justice (Observations sur l'Ordonnance du 22 septembre 1995)", *AFDI* (vol. XLI, 1995), pp. 355-364; MALJEAN-DUBOIS, S.: "L'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)", *AFDI* (vol. XLIII, 1997), pp. 286-332.

El asunto de los residuos nucleares franceses representa el primer pronunciamiento de un Tribunal internacional de justicia donde se suscita esta cuestión. Lo hacía Nueva Zelanda que introdujo una demanda, el 21 de agosto de 1995, con el objeto de que la Corte examinase la situación creada como consecuencia del anuncio realizado por el Presidente francés Chirac de efectuar ocho pruebas de armas nucleares en el Pacífico Sur, a partir de septiembre de 1995. Nueva Zelanda consideraba que el comportamiento francés cuestionaba el fundamento de la sentencia *Nueva Zelanda c. Francia*, de 20 de diciembre de 1974, sobre los tests nucleares, y, por otro lado, que abría la posibilidad de que la CIJ reexaminase la nueva situación, de conformidad con el punto 63 de dicho fallo. En relación con ello, hay que mencionar que la Corte había encontrado que no era su función contemplar si un Estado, que había iniciado un compromiso sobre su futura conducta, realmente lo respetaba. Al mismo tiempo, la Corte había estimado que, si la base de su sentencia llegara a ser afectada, entonces el demandante podría solicitar un examen de la situación de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la CIJ, al tiempo que estimaba que la denuncia efectuada por Francia, en su carta del 2 de enero de 1974, del Acta general para el arreglo pacífico de las diferencias internacionales, y que era invocado como uno de los fundamentos de la competencia de la Corte en dicho asunto, no podía constituir un obstáculo para la presentación de una solicitud de ese tipo.⁶⁴

La CIJ, al no entrar a examinar el fondo del asunto, puesto que rechazó la demanda introducida por Nueva Zelanda, por razones de procedimiento, no tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el principio de precaución. Principio que había fundamentado parte de la demanda de Nueva Zelanda y en virtud del cual ésta pretendía que Francia se abstuviera de todas las acciones que pueden implicar, directa o indirectamente, una contaminación radioactiva del medio marino. Frente a tal afirmación, Francia alegó que tal principio constituía, en el estado del Derecho internacional existente en aquella época, un principio incierto del que no se podía extraer que existía una inversión total de la carga de la prueba. Sin embargo, uno de los jueces en este asunto, WEERAMANTRY, consideraba que existía una serie de principios importantes del Derecho medioambiental, tales como el principio de precaución (según el cual la carga de la prueba le incumbe al autor del acto demandado), y el principio relativo a los derechos de las futuras generaciones. Por lo tanto, este juez expresó su pena que la Corte de La Haya no se había pronunciado sobre estos principios, esto es incluido el principio de precaución.⁶⁵

En *el asunto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)*, la CIJ haciendo, de nuevo, gala de prudencia, no se pronunció tampoco sobre el alcance de este principio en el Derecho consuetudinario. Esta vez fue Hungría la que invocó este principio para justificar el no haber ejecutado las obligaciones que le incumbían en virtud del Tratado que había firmado con Checoslovaquia en Budapest, el 16 de septiembre de 1977, sobre la construcción y el funcionamiento del sistema de presas de Gabčíkovo-Nagymaros, en el Danubio. En sus alegaciones, Hungría estimaba que la obligación de no causar un peligro sustancial en el territorio de otro Estado había llegado a ser, con el paso del tiempo, una obligación *erga omnes* de prevención de los peligros, de conformidad con el principio de precaución. Eslovaquia, Estado sucesor de Checoslovaquia en esta materia, contestó a estas alegaciones sosteniendo que los nuevos desarrollos del Derecho internacional del medio ambiente no habían dado lugar al nacimiento de normas de *ius cogens* que prevaleciesen sobre las obligaciones derivadas de los tratados. Y, por lo tanto, consideraba que las razones alegadas por Hungría para dar como termina-

64 *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, Arrêt, 20 décembre 1974, CIJ Reports 1974, p. 457, punto 63.

65 *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgement of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, sent. cit.*, Dissenting opinion of Judge Weeramantry (el texto se encuentra disponible en la página web <http://www.icj-cij.org>)

do el tratado, no se apuntaba al Derecho de los tratados, sino que evidenciaba más “un vocabulario de autoprotección o de represalias”.⁶⁶

La CIJ, en su sentencia de 25 de septiembre de 1997, no apreció la existencia de un peligro grave e inminente, debido a la incertidumbre de los daños invocados por parte de las autoridades húngaras, que justificase el incumplimiento de las obligaciones derivadas del tratado. La Corte estimó que este Estado disponía de otros medios diferentes a los que había utilizado, como la suspensión y el abandono de los trabajos que le incumbían en virtud del Tratado concluido con la antigua Checoslovaquia para hacer frente a esos peligros.⁶⁷ La Corte de La Haya constató, también, que si bien ambos Estados coincidían en la necesidad de tener en cuenta las cuestiones medioambientales y, en efecto, de adoptar las medidas de precaución necesarias, no tenían la misma opinión, en cambio, sobre las consecuencias que ello implicaba para el proyecto común. Además, la CIJ prefirió situarse en el terreno de la fuerza mayor. Se trata de un posicionamiento respecto del principio de precaución que ha conocido una amplia acogida en las resoluciones del OSD de la OMC, al ser mencionado en el punto 123 del Informe del Órgano de Apelación en el asunto de las “Hormonas”.⁶⁸

Por último, señalar la opinión particular del juez KOROMA que consideró que el Tratado al que aludían los Estados implicados en esta diferencia, firmado en 1977, contenía la mayor parte de los imperativos existentes en el campo del medio ambiente, inclusive el principio de precaución, y consideraba que ninguno de los principios medioambientales había sido violado de tal manera a justificar la decisión de dar por terminado dicho Tratado unilateralmente.⁶⁹

Como se ve en estas dos resoluciones de la CIJ, sólo tangencialmente y a instancia de las partes se hace una referencia al principio de precaución, en conexión con el Derecho del medio ambiente. La Corte estimó por razones de procedimiento en un caso y de fondo en el otro que no era necesario el pronunciarse sobre el alcance de este principio. Sirva tan sólo ahora y al objeto de nuestra investigación el constatar que esta cuestión ronda ya el pretorio de La Haya y que, probablemente, la Corte deberá pronunciarse sobre su contenido.

En segundo lugar, también el TIDM, a pesar de su corta historia, se ha visto confrontado ya a este principio en tres de los asuntos que le fueron planteados. Se trata de: *The Southern Bluefin Tuna Case* o *el asunto del Atún de aleta azul meridional (Australia y Nueva Zelanda c. Japón)*⁷⁰, *el asunto MOX Plant (Irlanda c. Reino Unido)*⁷¹, y el asunto relativo al *Estrecho de Johor (Malasia c. Singapur)*⁷².

66 *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *sent. cit.*, punto 97.

67 *Ibidem*, puntos 54-57.

68 Sobre este mismo, véanse: TROUWBORST, A.: *Evolution and ...*, *cit.*, pp. 162-165; MARCEAU, G.: « Le principe de ... », *cit.*, p. 135.

69 *Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *sent. cit.*, Separate Opinion of Judge Abdul G. Koroma (el texto completo se encuentra disponible en la página web <http://www.icj-cij.org>).

70 TIDM: *Asuntos del atún de aleta azul meridional (nº 3 y 4)*, *medidas provisionales, Nueva Zelanda c. Japón y Australia c. Japón, Auto de 27 de agosto de 1999*. Este tipo de pez representa una especie altamente migratoria, tal como se reconoce a escala internacional al ser incluida en la lista del anexo I de la CNUDM, que durante su ciclo vital atraviesa las zonas económicas exclusivas y los mares territoriales de varios Estados así como el alta mar, incluyendo el Océano Austral.

71 TIDM: *Asunto The MOX Plant (nº 10)*, *medidas provisionales, Irlanda c. Reino Unido, Auto de 3 de diciembre de 2001*. Se trata de un asunto relativo a los movimientos internacionales de materiales radioactivos y de la protección del medio marino en el Mar de Irlanda.

72 TIDM: *Asunto relativo a las reclamaciones territoriales por parte de Singapur en y alrededor del Estrecho de Johor (nº 12)*, *medidas provisionales, Malasia c. Singapur, Auto de 8 de octubre de 2003*.

Por lo que respecta a *los asuntos del atún de aleta azul meridional*, tanto Australia como Nueva Zelanda (en calidad de demandantes) alegaron que Japón (como demandado) había incumplido con las obligaciones de cooperar para la conservación del atún de aleta azul meridional, tal y como están previstas en los arts. 64 y 116-119 de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar (en adelante, CNUDM) en lo referido, entre otras cosas, a los requisitos del principio de precaución, al emprender operaciones de pesca experimental del atún de aleta azul meridional, unilateralmente, en los años 1998 y 1999, existiendo una incertidumbre científica en cuanto a sus consecuencias.⁷³

En el asunto *The MOX Plant*, se amplió el campo en el que se invocó este principio. Así, Irlanda (parte demandante) consideraba, por una parte, que era imperativo debido, entre otros, a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, que se adoptase por el Reino Unido una serie de medidas de precaución para proteger las instalaciones nucleares⁷⁴, y, por otra parte, en el marco de las obligaciones que le incumbían a este país de proteger el medio marino del Mar de Irlanda, estimaba que no se respectaban dos principios y reglas de Derecho internacional, a saber: el principio de precaución y la obligación de reducir las concentraciones de las sustancias radioactivas artificiales hasta cerca del nivel cero en el año 2020, respectivamente⁷⁵.

El último asunto ante el TIDM en el que se invocó el principio de precaución fue la *reclamación de tierras en el estrecho de Johor*. En esta ocasión, Malasia alegaba el principio de precaución para conservar el medio marino y el de sus costas, y, por otro lado, para mantener sus derechos de acceso marítimo a estas zonas, especialmente a través de la entrada por el este de los Estrechos de Johor. En apoyo a sus pretensiones, invocaba, entre otras cosas, el principio de precaución que cada Estado debería utilizarlo para la aplicación y la implementación de las obligaciones que le incumbían en virtud de las disposiciones del CNUDM.⁷⁶

Pues bien, en estos asuntos el TIDM evitó pronunciarse explícitamente tanto sobre el principio de precaución como sobre el criterio de precaución, al considerar que ninguno de ellos aparece contenido en dicho Convenio. Aunque, en nuestra opinión, se trata de unos ejemplos inherentes a la aplicación de las previsiones contenidas en el CNUDM en lo relativo a la *urgencia* razón de ser de las medidas provisionales que se solicitaban.⁷⁷ Esta es precisamente la línea mantenida por algunos jueces en sus opiniones particulares donde, además, consideraban que, al menos, el Tribunal había aplicado el criterio de precaución de una manera implícita.⁷⁸

⁷³ Asuntos del atún de aleta azul meridional, *cit.*, puntos 29-32.

⁷⁴ *The MOX Plant*, *solicitud de medidas provisionales y demanda introducida por Irlanda*, 9 de noviembre de 2001, punto 48.

⁷⁵ *Ibidem*, puntos 96-105.

⁷⁶ Se trata, en concreto, de los arts. 2, 15, 123, 192, 194, 198, 200, 204-206 y 210 de la CNUDM. Véase: *Reclamación de tierras en el estrecho de Johor*, *solicitud de medidas provisionales*, 4 de septiembre de 2003, punto 18.

⁷⁷ El *art. 290.5* CNUDM prevé: “Hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia [...] cualquier corte o tribunal designado de común acuerdo por las partes o, a falta de tal acuerdo en el plazo de dos semanas contado desde la fecha de la solicitud de medidas provisionales, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o, con respecto a las actividades en la Zona, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos podrá decretar, modificar o revocar medidas provisionales conforme a lo dispuesto en este artículo si estima, en principio, que el tribunal que haya de constituirse sería competente y que la *urgencia de la situación* así lo requiere”. (las cursivas son nuestras)

⁷⁸ Así, en el asunto del atún de aleta azul meridional, el juez EDWARD A. LAING afirmó: “However, it cannot be denied that the UNCLOS adopts a *precautionary approach*” (las cursivas son nuestras) (Asuntos del atún de aleta azul meridional, *cit.*, Separate Opinion by Judge Laing: Southern Bluefin Tuna Case, requests for provisional measures, punto 17), y el juez TULLIO TREVES estimó que “a *precautionary*

De los tres asuntos consideramos que el pronunciamiento clave del TIDM en la materia es el punto 77 del Auto adoptado en los asuntos del atún de aleta azul meridional, donde se estimaba que las partes deberían actuar con prudencia y *cautela* para asegurar que se adoptasen medidas efectivas de conservación para prevenir un daño considerable a la población de atún de aleta azul meridional, y que, en efecto, la falta de certeza científica completa no podía ser utilizada como motivo para no actuar en un sentido u otro.⁷⁹ Posteriormente, esta afirmación ha vuelto a ser reiterada al ser invocada, por parte de Irlanda, en su demanda de adopción de medidas provisionales en el asunto *The MOX Plant*. Esta vez el Tribunal subrayó que la prudencia y la cautela eran aún más relevantes en el caso del atún de aleta azul meridional, ya que se refería a la posibilidad de que se vertiesen en el medio marino sustancias radioactivas.⁸⁰

La mayor aportación jurisprudencial al desarrollo del principio de precaución en el ámbito internacional en lo referido a la seguridad alimentaria pertenece, sin lugar a dudas, al OSD de la OMC. Como señalábamos con anterioridad, en el asunto de las “*Hormonas*” los Estados Unidos no aceptaron, en ningún momento, que el principio de precaución hubiese adquirido la condición de principio consuetudinario internacional, y sugirieron que se trataba más bien de un criterio.⁸¹ Por su parte, las autoridades canadienses consideraron que este principio nunca había sido incorporado al Derecho internacional⁸², aunque, a lo largo del desarrollo de la mencionada controversia comercial, llegaron a admitir que se trataba de un criterio de precaución, que, en un futuro, podría verse transformado en un principio general de Derecho, de conformidad con el art. 38.1.c) del Estatuto de la CIJ.⁸³

approach by the parties in their future conduct is necessary, such *precautionary approach*, in my opinion, is necessary also in the assessment by the Tribunal of the urgency of the measures it might take. In the present case, it would seem to me that the requirement of urgency is satisfied only in the light of such *precautionary approach* [...] In other words, a *precautionary approach* seems to me inherent in the very notion of provisional measures” (las cursivas son nuestras) (Asuntos del atún de aleta azul meridional, *cit.*, Separate Opinion by Judge Tullio Treves, puntos 8 y 9; véanse igualmente: MARR, S.: “The Southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources”, *EJIL* (vol. 11, nº 4, 2000), pp. 815 y ss.; TRÉVES, T.: “La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar”, *Cuadernos de Derecho Pesquero* (Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, nº 2, 1999, pp. 13-21). Por su parte, el juez SHARER afirmó: “I believe that the measures ordered by the Tribunal are rightly based upon considerations deriving from a *precautionary approach*” (las cursivas son nuestras) (Asuntos del atún de aleta azul meridional, *cit.*, Separate Opinion by Judge *ad hoc* Sharer).

En el caso del asunto *The MOX Plant*, el juez *ad hoc* Székely consideró que las medidas provisionales adoptadas por el TIDM eran conformes al criterio de precaución. Véase: *The MOX Plant*, *cit.*, Separate Opinion by Judge *ad hoc* Székely, punto 24.

79 TIDM: *Asuntos del atún de aleta azul meridional*, *cit.*, punto 77. Véase igualmente: Joint Declaration of Vice-President Wolfrum and Judges Caminos, Marotta Rangel, Yankov, Anderson and Eiriksson.

80 *The MOX Plant*, *solicitud de medidas provisionales y demanda introducida por Irlanda*, *cit.*, punto 100.

81 Punto 92 de la demanda de apelación presentada por los Estados Unidos en el asunto de las “*Hormonas*”, WT/DS26/10, 24 de noviembre de 1997, (97-5216); Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (hormonas)*, *cit.*, punto 122.

82 Aunque el principio de precaución ha sido aceptado principalmente por la Comunidad académica de este país, y que, de hecho, intenta implementarlo a escala nacional. Mientras, el Gobierno estadounidense no se ha pronunciado públicamente sobre su *status* o se ha opuesto a este principio en el contexto internacional. Véase: TICKNER, J.; RAFFENSPERGER, C.: “The American View on the Precautionary Principle”, en O’RIORDAN, T.; CAMERON, J.; JORDAN, A. (ed.): *Reinterpreting the Precautionary Principle*, Cameron May Ltd. (London, 2001), pp. 183-214.

83 Véase: punto 34 de la demanda de apelación presentada por Canadá en el asunto de las “*Hormonas*”, WT/DS48/10, 16 de enero de 1998. Consúltese igualmente: ABOUCHAR, J.: “Implementation of the Precautionary Principle in Canada”, en O’RIORDAN, T.; CAMERON, J.; JORDAN, A. (ed.): *Reinterpreting the Precautionary Principle*, Cameron May Ltd. (London, 2001), pp. 263-264.

En una posición totalmente distinta se encontraba la CE que, especialmente a partir de la década de los noventa, ha llegado a ser la defensora más importante de la idea de naturaleza consuetudinaria del principio de precaución en el Derecho internacional. Sin embargo, la actitud que adoptó en aquellos momentos ante el OSD de la OMC fue bastante confusa, puesto que, a pesar de que afirmaba que este principio se había convertido en “*una norma consuetudinaria general del derecho internacional*” o por lo menos “*en un principio general del derecho*”⁸⁴, no llegó a ofrecer argumentos jurídicos sólidos a este respecto y simplemente apuntaba que dicho principio seguía siendo objeto de debate entre los académicos, los profesionales, los legisladores y las jurisdicciones.⁸⁵

Otro asunto en el que el OSD de la OMC volvió a negarse a reconocer un valor jurídico consuetudinario al principio de precaución fue *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*. El Órgano de Apelación constituido en esta diferencia comercial consideró que la aplicación de este principio era incompatible con las obligaciones asumidas por los Estados parte en el marco del Acuerdo MSF ya que los negociadores de este Acuerdo no lo habían incorporado expresamente en el mismo⁸⁶. Lo que, en nuestra opinión, le permitió al Órgano de Apelación volver a esquivar un debate de fondo acerca del principio de precaución.

Por último, mencionar que el Informe del Grupo Especial constituido en el asunto *Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas*, publicado el 31 de marzo de 2008, tampoco aporta novedades respecto de la posición jurídica del principio de precaución en el ámbito internacional en lo referido a la materia de protección de la salud y la seguridad alimentarias. Este Grupo Especial se ha centrado en la cantidad y la cualidad de las pruebas científicas presentadas por la CE sobre ciertas hormonas que habían sido utilizadas en la carne de vacuno, sin entrar a valorar, sin embargo, la pertinencia de la aplicación del principio de precaución en la legislación comunitaria alimentaria a la que la parte europea se refirió ante el OSD de la OMC en esta controversia comercial.

De lo dicho, consideramos que el principio de precaución no ha adquirido aún la naturaleza de principio consuetudinario de Derecho internacional en el ámbito de la salud y seguridad alimentarias. También opinamos que, en la actualidad, sí que podría defenderse su naturaleza de Derecho internacional particular o convencional, derivándose de ello su fuerza obligatoria para todas las partes firmantes de un acuerdo internacional en el que estuviese incluido. Ante esta situación, los que tienen un amplio margen de actuación en materia de salud y seguridad alimentaria son los Tribunales internacionales de los que esperamos que en un futuro no muy lejano se posicionen al respecto y lleguen a afirmar el carácter vinculante general del principio de precaución en el ámbito de la seguridad alimentaria internacional.

84 Notificación de la apelación de las Comunidades Europeas *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/9, 25 de septiembre de 1997, punto 91; Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (hormonas)*, *cit.*, punto 121.

85 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (hormonas)*, *cit.*, punto 253. Véanse, igualmente, los puntos 124 y 125 del mismo Informe.

86 Informe del Órgano de Apelación *Japón-Medidas que afectan a los productos agrícolas*, *cit.*, puntos 81-83.

CONCLUSIONES

El panorama internacional institucional referido a la protección de la salud y seguridad alimentaria ha conocido un impulso significativo desde la creación de la OMC. En el marco de esta Organización, ha sido el Acuerdo MSF el instrumento jurídico de mayor trascendencia para esta materia, y una de sus principales aportaciones ha sido, a nuestro modo de ver, el declarar que los miembros de la OMC tienen el derecho a fijar sus propias disposiciones normativas e institucionales en lo referido a la protección de la salud humana.

En este contexto, cobran especial relevancia distintos principios que informan la actuación de los miembros de la OMC en el campo de la salud y seguridad alimentarias como, entre otros, el principio de precaución. Principio cuya aplicación, tal y como hemos visto a lo largo de este trabajo, ha sido, hasta ahora, bastante conflictiva. Lo que podría deberse, consideramos, a la ausencia todavía de un consenso respecto del alcance y el contenido del mismo.

Sin duda alguna, hoy en día existe una dificultad para hablar sobre la relación entre el Derecho de la OMC y el principio que nos ocupa en este trabajo, y más desde el momento en que el principio de precaución resulta ser la piedra clave de la nueva regulación jurídica internacional relativa a distintas cuestiones de salud y de seguridad alimentarias.

Pues bien, por lo que respecta a la materia estudiada, este principio parece tener, ahora, un valor jurídico similar al de un criterio y no al de un principio. Desde los textos jurídicos, así como desde las resoluciones de varias instancias jurisdiccionales internacionales como la CIJ, el TIDM y, sobre todo, el OSD de la OMC, se extrae que las medidas adoptadas a la luz del mencionado principio han de ser: proporcionadas; que no restrinjan el comercio más de lo necesario para lograr el nivel adecuado de protección determinado por los Estados; que no sean discriminatorias, que sean provisionales, esto es que se pueden mantener en determinadas condiciones, principalmente porque los datos científicos sigan siendo incompletos, imprecisos o no concluyentes, que se basen en pruebas científicas procedentes de fuentes cualificadas; y, que tengan como objetivo el lograr una coherencia en la aplicación del nivel de protección que las partes interesadas consideren adecuados en situaciones similares. En definitiva, lo que realmente se busca es el logro de la protección de la salud y la vida de las personas, sin constituir realmente una restricción encubierta al comercio internacional de alimentos.

Pero, quedan aún por esclarecer temas complejos como, entre otros, la naturaleza y el valor jurídico del principio de precaución. En nuestra opinión, habrá que esperar o bien normas internacionales más desarrolladas o bien pronunciamientos más explícitos por parte de los órganos de solución de diferencias internacionales.

Cabría concluir afirmando que, hasta la fecha, se ha rechazado considerar al principio de precaución como un principio autónomo. Y, que nadie pone ya en tela de juicio que este principio constituye el reflejo de la necesidad de encontrar un equilibrio apropiado entre las reglas del comercio y las medidas de protección de la salud y seguridad alimentaria.