

## CHINA – PUBLICACIONES Y PRODUCTOS AUDIOVISUALES, INFORME DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

Bradly J. Condon\*

El 21 de diciembre de 2009, el Órgano de Apelación hizo público su informe final en el asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales*<sup>1</sup>. Hay siete aspectos importantes de este informe. Primero, surgió una cuestión sobre la interpretación correcta del derecho municipal chino y la traducción adecuada de un término del chino al inglés. Segundo, se concluyó que una medida que regula el comercio de servicios puede estar sujeta a obligaciones sobre el comercio de mercancías en el Protocolo de Adhesión de China. Tercero, el Órgano de Apelación decidió que China puede invocar la defensa del artículo XX(a) del GATT para justificar una violación del Protocolo de Adhesión de China. Sin embargo, no se cumplió con los requisitos del artículo XX(a) en este caso. Cuarto, el Órgano de Apelación aclaró las circunstancias en las cuales un Grupo Especial puede recurrir a una suposición a efectos de argumentación. Quinto, en su análisis del artículo XX(a) del GATT, el Órgano de Apelación confirmó y aclaró su jurisprudencia anterior sobre el análisis de la necesidad de una medida bajo las excepciones generales del artículo XX del GATT y del artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Sexto, el Órgano de Apelación utilizó la técnica de la interpretación evolutiva para interpretar un compromiso específico de China bajo el AGCS. Séptimo, no se apeló la decisión del Grupo Especial de aplicar la jurisprudencia del GATT al artículo XVII del AGCS para concluir que se cumple con el criterio de similitud de proveedores cuando la discriminación está basada únicamente en el origen del proveedor. Este comentario analiza estas siete cuestiones.

En este asunto, los Estados Unidos alegaron que dos categorías de medidas chinas eran incompatibles con las obligaciones de China bajo su Protocolo de Adhesión, el GATT de 1994 y el AGCS:

- a) Con respecto a los derechos comerciales, diversas medidas de China que limitan las empresas que tienen el derecho a importar películas cinematográficas para su presentación en salas, productos audiovisuales de esparcimiento doméstico, grabaciones sonoras y publicaciones; y
- b) con respecto a los servicios de distribución, diversas medidas de China que imponen restricciones de acceso a los mercados o limitaciones discriminatorias a los proveedores extranjeros de servicios que quieran distribuir publicaciones y determinados productos audiovisuales de esparcimiento doméstico.

China apeló contra las constataciones del Grupo Especial que los compromisos de China en materia de derecho a comerciar son aplicables a sus medidas relativas a las películas para su presentación en salas y a los productos audiovisuales no acabados y, en consecuencia, que determinadas disposiciones de esas medidas son incompatibles con los compromisos de China en materia de derecho a comerciar. Según China, las medidas en litigio regulaban los servicios y el contenido y, por lo tanto, no estaban abarcadas por los compromisos de China en materia de derecho a comerciar, que se refieren únicamente a mercancías.

En segundo lugar, China impugnó varios elementos del análisis del Grupo Especial bajo el artículo XX(a) del GATT de 1994, incluyendo la constatación final del Grupo Especial de que diversas disposiciones de las medidas de China no son “necesarias para proteger la moral pública”

---

\* Profesor titular de la Cátedra OMC, Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México y coeditor de la Revista de Derecho Económico Internacional.

<sup>1</sup> Informe del Órgano de Apelación, China — Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento, WT/DS363/AB/R, [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds363\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds363_s.htm).

en China. Con respecto al análisis de la necesidad realizado por el Grupo Especial, los Estados Unidos apelaron contra la constatación intermedia del Grupo Especial de que el “requisito relativo al plan estatal” previsto en el artículo 42 del Reglamento sobre Publicaciones puede ser considerado “necesario”, a falta de alternativas que estén razonablemente disponibles, para proteger la moral pública en China en el sentido del artículo XX(a).

Por último, China apeló contra la constatación del Grupo Especial que la anotación “Servicios de distribución de grabaciones de sonidos” que figura en la Lista de China anexa al AGCS abarca la distribución electrónica de grabaciones sonoras y, por lo tanto, que determinadas disposiciones de las medidas por las que se regula dicha distribución son incompatibles con los compromisos en materia de trato nacional consignados por China en su Lista en virtud del artículo XVII del AGCS.

## 1. La interpretación del derecho municipal chino

La evaluación del significado y el contenido del derecho interno de un Miembro realizada por un Grupo Especial puede ser objeto de examen en apelación para determinar si éste incurrió en error en su constatación relativa a la compatibilidad del derecho interno del Miembro con los Acuerdos de la OMC<sup>2</sup>. Al mismo tiempo, el artículo 17.6 del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias (ESD) impone ciertas limitaciones al examen por el Órgano de Apelación de algunos de los elementos del análisis del derecho interno realizado por un Grupo Especial. Por ejemplo, cuando un Grupo Especial se apoya en pruebas sobre el modo en que el derecho interno ha sido aplicado, en las opiniones de juristas especializados, en la práctica administrativa o en pronunciamientos de los tribunales nacionales, es más probable que las constataciones del Grupo Especial sobre esos elementos tengan un carácter fáctico, por lo que el Órgano de Apelación no interferirá a la ligera en tales constataciones<sup>3</sup>. En este caso, la cuestión de si el Grupo Especial calificó correctamente el artículo 30 del Reglamento sobre Películas como una disposición sujeta a los compromisos de China en materia de derecho a comerciar fue una cuestión de derecho que fue objeto de examen en apelación<sup>4</sup>.

El párrafo 5.1 del Protocolo de Adhesión de China impone la obligación de asegurarse de que, con excepción de determinadas mercancías especificadas en el anexo 2A, “todas las empresas de China disfrutarán del derecho” a importar y exportar todo tipo de mercancías “en todo el territorio aduanero de China”. Los párrafos 83 d) y 84 a) del informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China confirman la obligación de China de otorgar el derecho a comerciar. Además, el párrafo 84 b) de dicho informe contiene la obligación de otorgar de manera no discrecional el derecho a comerciar a las empresas y personas extranjeras<sup>5</sup>. Sin embargo, bajo el artículo 30 del Reglamento sobre Películas y el artículo 16 de la Reglamentación sobre Empresas Cinematográficas, sólo empresas “designadas” o “aprobadas” pueden realizar actividades de importación de películas en China.

El Grupo Especial consideró que las medidas de China relativas a las películas para su presentación en salas “afecta[n] necesariamente” a la importación de mercancías. En consecuencia, el Grupo Especial constató que China había actuado de manera incompatible con el párrafo 1.2 y el párrafo 5.1 de su Protocolo de Adhesión y con los párrafos 83 d) y 84 a) del informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China, al no haberse asegurado de que todas las empresas en China

<sup>2</sup> El derecho interno de los Miembros de la OMC puede servir no sólo como prueba de hechos, sino también como prueba del cumplimiento o incumplimiento de obligaciones internacionales. Informe del Órgano de Apelación, *India – Patentes* (Estados Unidos), párrafos 65, 66 y 68. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 106; *Estados Unidos – Acero al carbono*, párrafos 156 y 157; *Estados Unidos – Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, párrafo 168; *China – Partes de automóviles*, párrafo 225; y *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 177.

<sup>3</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, párrafo 168; *China – Partes de automóviles*, párrafo 225 y *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 177.

<sup>4</sup> Informe del Órgano de Apelación, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 178.

<sup>5</sup> *Ibidem*, párrafo 167.

(incluidas las empresas con inversión extranjera), las personas extranjeras y las empresas extranjeras no registradas en China disfrutaran del derecho a importar filmes. Además, el Grupo Especial constató que, dado que de conformidad con estas medidas la autoridad china tiene facultades discrecionales cuando designa o aprueba empresas a efectos de la importación de películas, China también actuó de manera incompatible con el párrafo 1.2 de su Protocolo de Adhesión y el párrafo 84 b) del informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China<sup>6</sup>.

Según China, sus medidas relativas a las películas para su presentación en salas no regulaban la importación de mercancías sino, más bien, el contenido de las películas y los servicios relacionados con la importación de dicho contenido. No obstante, los compromisos en materia de derecho a comerciar asumidos por China en su Protocolo de Adhesión y en el informe del Grupo de Trabajo son aplicables únicamente con respecto al comercio de mercancías. Por lo tanto, el artículo 30 del Reglamento sobre Películas y el artículo 16 de la Reglamentación sobre Empresas Cinematográficas no estaban sujetos a los compromisos de China en materia de derecho a comerciar<sup>7</sup>. En las traducciones al inglés de las medidas en litigio se empleaba el término “película”. China sostuvo que el término “película” era traducción de la expresión china “*Dian Ying*”, que a su juicio designa el contenido de la película considerada. Por ello, China adujo que el artículo 30 regulaba quién puede importar el contenido de las películas, y no quién puede importar la mercancía física<sup>8</sup>.

El Grupo Especial solicitó el asesoramiento de un traductor independiente de la Oficina de las Naciones Unidas en Nairobi sobre la traducción al inglés de la expresión china “*Dian Ying*”. El traductor independiente confirmó que el término “película” era una traducción al inglés “adecuada”. No obstante, tras señalar que ese término inglés tiene un sentido “muy amplio”, el traductor añadió que consideraba razonablemente fundamentada la afirmación de China de que la expresión “*Dian Ying*” por sí sola se refiere exclusivamente al contenido de una película y no al material (es decir, al medio físico) en que la película está impresa, o el rollo de película<sup>9</sup>. No obstante, el Grupo Especial constató que no era imprescindible para su análisis resolver el sentido de la expresión “*Dian Ying*”, habida cuenta de la explicación de la práctica de importación de películas ofrecida por China. El Grupo Especial constató que, en los casos en que el contenido pertinente tenga que importarse en filmes en copia dura, el artículo 30 afecta necesariamente a quien puede realizar actividades de importación. Dado que China no negaba que esa disposición restringiera quién puede importar películas, el Grupo Especial constató que el artículo 30 estaba sujeto a los compromisos de China en materia de derecho a comerciar<sup>10</sup>. En consecuencia, la opinión del traductor independiente sobre el sentido de la expresión “*Dian Ying*” no sirvió de base para la constatación que formuló en último término el Grupo Especial.

Al considerar una alegación de que un Grupo Especial ha calificado erróneamente el derecho interno de un Miembro, el Órgano de Apelación no está sujeto a la limitación de examinar únicamente las disposiciones de la legislación expresamente analizadas por el Grupo Especial. El Órgano de Apelación puede examinar disposiciones concretas a la luz de otras disposiciones y de la estructura general del derecho interno pertinente para determinar si un Grupo Especial lo había interpretado apropiadamente<sup>11</sup>. En este caso, ninguna de esas disposiciones contradujo la opinión de que, cuando el contenido de una película tiene como soporte materiales objeto de entrega física, el artículo 30 del Reglamento sobre Películas regulará inevitablemente quién puede importar mercancías- Esto debido a que el contenido de una película se expresa por medio de una mercancía física y está incorporado en ella. De hecho, el artículo 31 del Reglamento sobre películas exige que la entidad importadora designada “cumplimente el procedimiento de importación temporal de películas en la aduana” de las películas presentadas para el examen de su contenido. También exige

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, párrafo 168.

<sup>7</sup> *Ibidem*, párrafo 169.

<sup>8</sup> *Ibidem*, párrafo 179.

<sup>9</sup> *Ibidem*, párrafo 180.

<sup>10</sup> *Ibidem*, párrafos 181-182.

<sup>11</sup> Informes del Órgano de Apelación, *China – Partes de automóviles*, párrafos 225-245 y *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 187.

que, cuando la película haya superado el examen de contenido, la entidad designada finalice el procedimiento de importación en la aduana. Entonces, aun cuando el Reglamento sobre Películas esté “centrado” en el contenido de las películas, su artículo 31 dispone que las películas tengan la consideración de mercancías por lo que respecta a los procedimientos de importación que se siguen en la aduana<sup>12</sup>.

En este asunto no fue necesario resolver la cuestión sobre la traducción correcta del derecho nacional chino. Sin embargo, el análisis en este informe es un buen ejemplo del tipo de cuestiones jurídicas y lingüísticas que pueden surgir en las disputas en el marco de la OMC.

## **2. Una medida que regula el comercio de servicios puede estar sujeta a obligaciones sobre comercio de mercancías**

China adujo que, dado que el Reglamento sobre Películas regula el comercio de servicios, debería quedar excluido del examen en el marco de los compromisos asumidos por China en materia de derecho a comerciar, que sólo se aplican al comercio de mercancías. En otros informes, el Órgano de Apelación ha constatado que una medida puede estar sometida simultáneamente a obligaciones relativas al comercio de mercancías en el marco del GATT de 1994, y a obligaciones relativas al comercio de servicios en el marco del AGCS<sup>13</sup>. Estas constataciones se refieren específicamente a la relación entre el AGCS y el GATT de 1994, y por tanto no afectan directamente la relación entre los compromisos asumidos por China en materia de derecho a comerciar y sus compromisos sobre comercio de servicios. No obstante, estos informes confirman que una medida puede estar sometida simultáneamente a las obligaciones relativas al comercio de mercancías y a las relativas al comercio de servicios. También son pertinentes para resolver la cuestión sobre si las medidas que rigen los servicios pueden estar sujetas a los compromisos asumidos por China en materia de derecho a comerciar<sup>14</sup>.

En este caso, el artículo 30 del Reglamento sobre Películas restringía quién puede realizar actividades de importación de películas. Además, en la Lista de concesiones de China en materia de mercancías, se definen como mercancías las “películas cinematográficas (filmes), impresionadas y reveladas, con registro de sonido o sin él, o con registro de sonido solamente”. Esto confirma que una bobina cinematográfica física que tenga un contenido recibe trato de mercancía en el propio régimen arancelario de China. Por otra parte, los compromisos asumidos por China en materia de derecho a comerciar se refieren al derecho a comerciar con “todo tipo de mercancías”. Según el Órgano de Apelación, la aplicabilidad a una medida de los compromisos asumidos por China en materia de derecho a comerciar se actualiza en el momento mismo en que esa medida concierne a quién puede importar un producto. El hecho de que las películas cinematográficas se importen “simultáneamente, físicamente en conjunción con el derecho a prestar el servicio en cuestión” demuestra que, cuando los soportes físicos se utilizan con fines de importación del contenido de las películas y la concesión de las correspondientes licencias, el artículo 30 del Reglamento sobre Películas tiene un efecto inevitable, y no “incidental”, sobre quién puede importar los productos. El efecto inevitable del artículo 30 en la importación de mercancías confirmó que el artículo 30 “afectaría necesariamente” a quién puede realizar actividades de importación de los productos en los casos en que el contenido pertinente tiene que importarse en filmes en copia dura. Por lo tanto, no impide la aplicación de los compromisos asumidos por China en materia de derecho a comerciar al Reglamento sobre Películas. Entonces, el artículo 30 del Reglamento sobre Películas estaba sujeto a los compromisos asumidos por China en materia de derecho a comerciar, en cuanto que

<sup>12</sup> *Ibidem*, párrafo 188.

<sup>13</sup> Informes del Órgano de Apelación, *Canadá – Publicaciones*, página 23 y *CE – Banano III*, párrafo 221.

<sup>14</sup> Informe del Órgano de Apelación, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 193.

afectaba a quien puede realizar actividades de importación de filmes en copia dura y, en consecuencia, a las mercancías<sup>15</sup>.

Esta conclusión sugiere que, cuando una medida relativa a los servicios tenga efectos no incidentales sobre el comercio de mercancías, esa medida puede estar sujeta a las obligaciones del Miembro relativas al comercio de mercancías.

### 3. La disponibilidad de la defensa del artículo XX del GATT

En este asunto se planteó la cuestión sobre si se puede invocar directamente el artículo XX como una defensa respecto de un incumplimiento de los compromisos de China en materia de derecho a comerciar previsto en el Protocolo de Adhesión, o si el artículo XX sólo se puede traer a colación como una defensa respecto a un incumplimiento de una obligación establecida en el GATT de 1994. El Órgano de Apelación constató que la defensa del artículo XX(a) sí era disponible en este caso.

Basándose en la cláusula introductoria del párrafo 5.1 del Protocolo de Adhesión, que dice “[s]in perjuicio del derecho de China a regular el comercio de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC”, China invocó el artículo XX(a) como defensa. China adujo ante el Grupo Especial que la cláusula introductoria del párrafo 5.1 es una excepción a su obligación de otorgar el derecho a comerciar. Adujo que esta cláusula constituye la expresión del derecho general de los Miembros de la OMC a adoptar o mantener determinadas medidas que persiguen objetivos legítimos de política. Según China, el “derecho a regular el comercio” significa el derecho a adoptar medidas para regular el comercio y el derecho a importar y exportar mercancías es un elemento de ese comercio. China sostuvo que la referencia al “Acuerdo sobre la OMC” se refiere al Acuerdo sobre la OMC y a todos sus Anexos. Dada que la obligación de China establecida en el párrafo 5.1 se refiere al derecho a importar y exportar mercancías, su derecho a regular el comercio debe interpretarse conjuntamente con los Acuerdos de la OMC aplicables al comercio de mercancías, incluido el GATT de 1994 y su artículo XX. En consecuencia, China adujo que tiene derecho a imponer restricciones y condiciones al derecho a importar y exportar, siempre que estas medidas sean compatibles con el artículo XX del GATT de 1994<sup>16</sup>.

Las tres primeras frases del párrafo 5.1 del Protocolo de Adhesión de China disponen lo siguiente:

Sin perjuicio del derecho de China a regular el comercio de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC, China liberalizará progresivamente la disponibilidad y el alcance del derecho a tener actividades comerciales, de forma que, en un plazo de tres años contados a partir de la adhesión, todas las empresas de China disfrutarán del derecho a tener actividades comerciales con todo tipo de mercancías en todo el territorio aduanero de China, salvo las mercancías enumeradas en el anexo 2A, que seguirán sujetas a un régimen de comercio de Estado de conformidad con el presente Protocolo. Este derecho a tener actividades comerciales incluirá el derecho a importar y exportar mercancías. Todas estas mercancías recibirán un trato nacional de conformidad con el artículo III del GATT de 1994, especialmente su párrafo 4, en lo concerniente a su venta, oferta para la venta, compra, transporte, distribución y uso en el mercado interior, con inclusión del acceso directo a las mismas por parte de los usuarios finales.

El Órgano de Apelación interpretó el párrafo 5.1 del Protocolo de Adhesión de la siguiente manera. Una obligación “sin perjuicio de” un derecho significa que ésta no puede afectar negativamente, usurpar o menoscabar ese derecho. En la cláusula introductoria sobre el “derecho”

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, párrafos 194-198.

<sup>16</sup> *Ibidem*, párrafos 205-206.

que no se puede menoscabar, se refiere al “derecho de China a regular el comercio”. Este derecho está en sí mismo condicionado además por la frase “de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC”. La primera vez que se utiliza la palabra “derecho” se refiere a la autoridad o facultad que China disfruta, mientras que la segunda ocasión alude a la autorización jurídica que China está obligada a conceder a todas las empresas de China. El término “regular” significa “controlar, gobernar o dirigir mediante reglas o reglamentos; someter a orientaciones o restricciones”. La palabra “comercio” se utiliza como un sustantivo en la frase “derecho de China a regular el comercio” y parece referirse en general al comercio entre naciones. Por consiguiente, la frase “derecho de China a regular el comercio” se refiere a la facultad de China de someter el comercio internacional a regulación. Esta facultad no puede menoscabarse por la obligación de China de otorgar el derecho a comerciar, siempre y cuando China regule el comercio “de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC”<sup>17</sup>.

El Órgano de Apelación interpretó la frase “de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC” como referencia al Acuerdo sobre la OMC en su conjunto, incluidos sus Anexos. Consideró que el “derecho a regular”, en abstracto, es una facultad intrínseca que disfruta el gobierno de un Miembro, y no un derecho conferido por tratados internacionales como el Acuerdo sobre la OMC. Con respecto al comercio, el Acuerdo sobre la OMC y sus Anexos imponen disciplinas al ejercicio de la facultad intrínseca de cada Miembro a regularlo, exigiendo a todos los Miembros de la OMC que cumplan las obligaciones que han asumido en virtud de ellos. Cuando lo que se está regulando es el comercio, la referencia a “compatible con el Acuerdo sobre la OMC” que figura en la cláusula introductoria limita el ejercicio de esa facultad reguladora, al tenerse que demostrar que las medidas reglamentarias de China son compatibles con las disciplinas de la OMC. La reglamentación de los Miembros de la OMC puede ser compatible con las normas de la OMC, porque no contraviene ninguna obligación establecida en la OMC, o porque aunque contravengan una obligación en el marco de la OMC, pueden estar justificados en virtud de una excepción aplicable. La referencia a “de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC” abarca los dos tipos de compatibilidad con las normas de la OMC<sup>18</sup>.

El Órgano de Apelación también examinó determinados párrafos del informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de China, que desarrollan los compromisos de China en materia de derecho a comerciar, como contexto que informa el alcance de la reglamentación gubernamental compatible con las normas de la OMC que no puede quedar menoscabada por la obligación de China de otorgar el derecho a comerciar. El párrafo 84 b), en especial, identifica un subconjunto de reglamentación gubernamental que constituye un ejercicio de las facultades de reglamentación que los acuerdos abarcados reconocen positivamente que corresponden a los Miembros de la OMC. Este párrafo indica que “las empresas y personas extranjeras con derecho a comerciar deb[e]n cumplir todas las prescripciones compatibles con la OMC en relación con la importación y la exportación, tales como las relativas a las licencias de importación, OTC y MSF.” Esta frase confirma que la obligación de China de otorgar el derecho a comerciar no puede menoscabar su facultad de imponer medidas relativas a licencias de importación, obstáculos técnicos al comercio (OTC) y medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) compatibles con las normas de la OMC. La expresión “tales como” indica que los tipos de prescripciones compatibles con la OMC que China puede imponer no se limitan a prescripciones aplicables directamente a las propias mercancías, ni a prescripciones aplicables a la actividad de importar o exportar<sup>19</sup>.

El Órgano de Apelación consideró que las obligaciones asumidas por China respecto del derecho a comerciar que se refieren a los comerciantes, y las obligaciones impuestas a todos los Miembros de la OMC respecto de su regulación del comercio de mercancías, están estrechamente relacionadas. Esa relación se refleja también con la referencia al artículo III del GATT de 1994 en el párrafo 5.1. La estrecha relación entre las restricciones impuestas a entidades dedicadas al

<sup>17</sup> *Ibidem*, párrafos 219-221.

<sup>18</sup> *Ibidem*, párrafos 222-223.

<sup>19</sup> *Ibidem*, párrafos 224-225.

comercio y las obligaciones del GATT relativas al comercio de mercancías también se ha reconocido en informes adoptados por grupos especiales anteriores del GATT y de la OMC y del Órgano de Apelación. Se ha constatado que las medidas que no regulaban directamente mercancías, o la importación de mercancías, incumplían obligaciones del GATT. Las medidas que restringen el derecho de los comerciantes pueden infringir las obligaciones del GATT con relación al comercio de mercancías<sup>20</sup>. Entonces, la facultad de China de regular el comercio de mercancías se rige por las obligaciones establecidas en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC. Así, el Órgano de Apelación concluyó que la cláusula introductoria del párrafo 5.1 no se puede interpretar de modo que permita a un reclamante negar a China el acceso a una defensa simplemente alegando una violación del párrafo 5.1, y absteniéndose de alegar una violación en virtud de otras disposiciones de los acuerdos abarcados referentes al comercio de mercancías que son aplicables a las mismas medidas o a medidas estrechamente relacionadas y que establecen obligaciones que están estrechamente relacionadas con los compromisos de China en materia de derecho a comerciar. Más bien, la cuestión de si China pueda justificar su medida en virtud del artículo XX del GATT de 1994 debe depender en cada caso de la relación entre la medida declarada incompatible con los compromisos de China en materia de derecho a comerciar, por una parte, y su regulación del comercio de mercancías, por otra<sup>21</sup>.

Por estas razones, el Órgano de Apelación concluyó que la cláusula introductoria del párrafo 5.1 debe interpretarse de la siguiente manera. Cualquier ejercicio del derecho de China a regular el comercio estará protegido en virtud de la cláusula introductoria del párrafo 5.1 únicamente si es compatible con el Acuerdo sobre la OMC. Así será cuando las medidas de China que regulan el comercio sean del tipo que el Acuerdo sobre la OMC reconoce que pueden adoptar los Miembros cuando satisfacen las disciplinas prescritas y cumplen determinadas condiciones. Sin embargo, éstos no son los únicos tipos de medidas compatibles con la OMC que pueden estar protegidos en virtud de la cláusula introductoria del párrafo 5.1. La cuestión de si una medida que regula quiénes pueden realizar actividades de importación y exportación de mercancías está comprendida en el ámbito del derecho de China a regular el comercio, también puede depender de si la medida tiene un vínculo objetivo y claramente discernible con la regulación del comercio de las mercancías en cuestión. Considerar si ese vínculo es discernible puede ser pertinente si la medida que regula quién puede dedicarse a comerciar es clara y está intrínsecamente relacionada con el objetivo de regular las mercancías que son objeto de comercio. Además, ese vínculo puede discernirse a menudo del hecho de que la medida en cuestión regula el derecho a importar y exportar determinadas mercancías. Esto se debe a que la regulación sobre quién puede importar y exportar mercancías específicas normalmente estará objetivamente relacionada con la regulación del comercio de esas mercancías y a menudo formará parte de ella. La determinación sobre si existe el vínculo objetivo necesario en un caso concreto ha de establecerse mediante un análisis minucioso de la naturaleza, diseño, estructura y función de la medida, con frecuencia conjuntamente con un examen del contexto de reglamentación en que está situada. Cuando existe ese vínculo, China puede intentar demostrar que, debido a que su medida cumple con las condiciones de una excepción del GATT de 1994, la medida representa un ejercicio de su facultad de regular el comercio de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC y, como tal, no puede ser menoscabado por sus compromisos en materia de derecho a comerciar<sup>22</sup>.

Por lo que respecta a las medidas específicas que China trató de justificar en este caso, China subrayó que las descripciones y disposiciones declaradas incompatibles con los compromisos en materia de derecho a comerciar que asumió en el Protocolo de Adhesión y el informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión, forman parte de un régimen más amplio que regula el comercio de las mercancías específicas en cuestión. El Grupo Especial dispuso de muchas pruebas sobre la amplitud del sistema de examen del contenido de China para las mercancías pertinentes, y los Estados Unidos

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, párrafos 226-227.

<sup>21</sup> *Ibidem*, párrafo 229.

<sup>22</sup> *Ibidem*, párrafo 230.

no refutaron que las disposiciones que restringen el derecho a comerciar forman parte del sistema de China destinado a examinar el contenido de las mercancías pertinentes. Por otra parte, los Estados Unidos impugnaron varias disposiciones que regulan la distribución de las mercancías dentro de China como incompatibles con el artículo III:4 del GATT de 1994. El Órgano de Apelación consideró que las disposiciones que China trataba de justificar tenían un vínculo objetivo y claramente discernible con la regulación de China sobre el comercio de productos pertinentes. Por lo tanto, constató que China pudo recurrir a la cláusula introductoria del párrafo 5.1 de su Protocolo de Adhesión y tratar de justificar estas disposiciones como necesarias para proteger la moral pública en China, en el sentido del artículo XX(a) del GATT de 1994<sup>23</sup>.

La disponibilidad de la defensa del artículo XX del GATT para justificar violaciones de obligaciones fuera del mismo GATT es una cuestión sistémica importante que no está resuelta en la jurisprudencia de la OMC. Por lo tanto, la manera en que el Órgano de Apelación enfrentó esta cuestión en este informe es de suma importancia, sobre todo porque indica como se podría resolver esta cuestión cuando se trata de un asunto sobre uno de los otros acuerdos de la OMC que no contiene las mismas excepciones que se encuentran en el artículo XX de GATT. El análisis del Órgano de Apelación en esta controversia indica que la resolución de esta cuestión tendrá que resolverse caso por caso, según los términos que se utilizan en cada acuerdo y cada disposición<sup>24</sup>.

#### 4. El recurso del Grupo Especial a una suposición a efectos de argumentación

El Grupo Especial no resolvió la cuestión sobre si se puede invocar directamente el artículo XX como una defensa respecto a un incumplimiento de los compromisos de China en materia de derecho a comerciar previstos en el Protocolo de Adhesión, sino que decidió analizar primero el fondo de la defensa invocada por China al amparo del artículo XX(a). El análisis del Grupo Especial partió de la hipótesis de que China podía invocar el artículo XX(a) como una defensa. Sobre la base de esa hipótesis, examinó en primer lugar si las medidas pertinentes cumplían con los requisitos del artículo XX(a). Finalmente, el Grupo Especial determinó que China no había demostrado la “necesidad” de sus medidas en el sentido del artículo XX(a), y por consiguiente no volvió a abordar la cuestión sobre si China podía invocar el artículo XX(a) como una defensa en este asunto<sup>25</sup>.

El Órgano de Apelación hizo las siguientes observaciones. El recurso a una suposición a efectos de argumentación es una técnica jurídica que puede utilizar la autoridad encargada de resolver un asunto con el fin de aumentar la simplicidad y eficiencia en la adopción de sus decisiones. Sin embargo, aunque los grupos especiales y el Órgano de Apelación pueden optar por emplear esta técnica en circunstancias especiales, la misma puede dificultar una enunciación clara de las normas pertinentes de la OMC y crear conflictos de implementación. También puede ser problemático para determinados tipos de cuestiones jurídicas, por ejemplo las que se refieren a la jurisdicción de un Grupo Especial, o a cuestiones preliminares de las que depende el fondo de un análisis ulterior. La finalidad del sistema de solución de diferencias de la OMC es resolver las diferencias de una manera que preserve los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC y aclare las disposiciones vigentes de los acuerdos abarcados de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Al hacerlo, los grupos especiales y el Órgano de Apelación deben adoptar un método o estructura analíticos adecuados para resolver los asuntos que se hayan sometido a su consideración, y que les permita hacer una evaluación objetiva de los asuntos pertinentes, así como formular conclusiones que ayuden al Órgano de Solución de

<sup>23</sup> *Ibidem*, párrafos 231-233.

<sup>24</sup> Véase Condon, Bradley J., “Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, No. 4, 2009, pp. 895-926, doi:10.1093/jiel/jgp033.

<sup>25</sup> Informe del Órgano de Apelación, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafos 209-210.

Diferencias a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados<sup>26</sup>.

En este caso, el Órgano de Apelación razonó que si China no podía basarse en el artículo XX(a) para defender sus medidas, las constataciones de incompatibilidad con los compromisos de China en materia de derecho a comerciar resolverían el asunto, y no habría que hacer un análisis de las medidas en el marco del artículo XX(a). Además, algunos elementos del razonamiento del Grupo Especial en relación con el artículo XX(a) dependían, al menos en cierta medida, de la posibilidad de recurrir al artículo XX(a) como una defensa respecto de un incumplimiento de los compromisos de China en materia de derecho a comerciar. Por lo tanto, estas partes del análisis del Grupo Especial tuvieron una base incierta. Además, la falta de claridad sobre la cuestión de si China puede recurrir al artículo XX(a) como una defensa respecto a una infracción del párrafo 5.1 de su Protocolo de Adhesión puede causar incertidumbre acerca del ámbito de reglamentación que disfruta China.<sup>27</sup> Por lo tanto, el Órgano de Apelación concluyó que suponer a efectos de argumentación que China puede invocar el artículo XX(a), podría estar en desacuerdo con el objetivo de promover la seguridad y previsibilidad a través de la solución de diferencias. Quizá además esto no ayude a resolver esta diferencia, en especial porque tal enfoque corre el riesgo de crear incertidumbre con respecto a las obligaciones de aplicación de China. La cuestión de si la cláusula introductoria del párrafo 5.1 permite a China hacer valer una defensa al amparo del artículo XX(a) fue una cuestión de interpretación jurídica comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 17.6 del ESD. Por estas razones, el Órgano de Apelación decidió examinar esta cuestión<sup>28</sup>.

## 5. El artículo XX(a) del GATT de 1994

La primera cuestión bajo el artículo XX(a) es si las medidas pertinentes van dirigidas a la protección de la moral pública. No se apeló este aspecto del análisis del Grupo Especial y, por lo tanto, el Órgano de Apelación no consideró el significado del término “moral pública” ni su alcance en el contexto del artículo XX(a).

El Grupo Especial adoptó la interpretación de la expresión “moral pública” elaborada por el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, como se utiliza en el artículo XIV(a) del AGCS, en una interpretación que no cuestionó el Órgano de Apelación. Constató que el término “moral pública” denota normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación, y que el significado de esos conceptos para los Miembros puede variar en el tiempo y en el espacio en función de diversos factores, incluidos los valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalezcan. El Grupo Especial también confirmó la constatación del Grupo Especial en *Estados Unidos – Juegos de azar* de que, al aplicar conceptos sociales similares, “debe darse a los Miembros cierta libertad para definir y aplicar por lo que a ellos respecta los conceptos de ‘moral pública’ ... en sus respectivos territorios, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores”. El Grupo Especial no vio ninguna razón para desviarse de esta interpretación, a pesar de la diferencia en los contextos respectivos del artículo XX(a) del GATT de 1994 y del artículo XIV(a) del AGCS<sup>29</sup>.

La segunda cuestión bajo el artículo XX(a) es si las medidas pertinentes son “necesarias”. El término “necesarias” se utiliza en tres de los párrafos del artículo XX del GATT de 1994:

- a) necesarias para proteger la moral pública;

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, párrafo 213.

<sup>27</sup> *Ibidem*, párrafo 214.

<sup>28</sup> *Ibidem*, párrafo 215.

<sup>29</sup> Informe del Grupo Especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.759.

- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error.

Se utilizan términos diferentes en los párrafos del artículo XX para requerir diferentes grados de conexión entre la medida y el interés que se busca realizar<sup>30</sup>. Por ejemplo, en el contexto de otros párrafos del artículo XX, se utiliza el término “relativas a”, lo cual requiere un menor grado de conexión que el término “necesarias”.

En el asunto *Tailandia – Cigarrillos*, el Grupo Especial del GATT interpretó la palabra “necesaria” en el Artículo XX(b), aplicando la misma interpretación que otro Grupo Especial del GATT había hecho en el contexto del artículo XX(d)<sup>31</sup>. En el asunto *Estados Unidos – Artículo 337*, el Grupo Especial del GATT constató que no se puede justificar una medida como “necesaria” en el artículo XX(d) si hay una medida alternativa razonablemente disponible que sea inconsistente con el GATT o que sea menos inconsistente que la medida impugnada<sup>32</sup>. En la jurisprudencia de la OMC, se ha seguido esta jurisprudencia del GATT, desarrollando más el análisis y aplicando este análisis a los párrafos (b) y (d) del artículo XX del GATT y al párrafo (a) del artículo XIV del AGCS.

En el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, el Órgano de Apelación explicó la carga de prueba en el contexto del párrafo (a) del artículo XIV del AGCS (lo cual utiliza el término “necesaria”, igual que los párrafos (a), (b) y (d) del artículo XX del GATT):

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

No obstante, si la parte reclamante señala una medida alternativa compatible con las normas de la OMC que, a su juicio, debería haber adoptado la parte demandada, ésta deberá demostrar por qué la medida impugnada sigue siendo “necesaria” incluso teniendo en cuenta esa alternativa o, dicho de otra manera, por qué la alternativa propuesta no está, de hecho, “razonablemente a su alcance”. Si una parte demandada demuestra que la alternativa no está “razonablemente a su alcance”, teniendo en cuenta los intereses o valores que se persiguen y el nivel de protección deseado por la parte, de ello se desprende que la medida impugnada debe ser “necesaria”....<sup>33</sup>

En este contexto, es importante señalar que el demandado no tiene que probar que *no* existen alternativas a la medida que ha adoptado. El demandado debe demostrar que su medida es “necesaria” para lograr los objetivos del párrafo específico. Es decir, no necesita identificar el

<sup>30</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, página 17.

<sup>31</sup> Informe del Grupo Especial del GATT, *Tailandia – Cigarrillos*, párrafo 74.

<sup>32</sup> Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos – Artículo 337*, párrafo 5.26.

<sup>33</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafos 310-311.

conjunto de medidas alternativas menos restrictivas del comercio y después demostrar que ninguna de ellas logra el objetivo perseguido<sup>34</sup>.

En el asunto *Corea – Carne vacuna*, el Órgano de Apelación declaró, en el contexto del párrafo (d) del artículo XX del GATT, que la cuestión de si una medida es “necesaria” deberá determinarse mediante “un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores”<sup>35</sup>. El Órgano de Apelación caracterizó este proceso como: “comprendido en la determinación de si el Miembro interesado “tiene razonablemente a su alcance” otra medida posible que sea compatible con la OMC, o si hay una medida menos incompatible con la OMC que esté “razonablemente a su alcance”<sup>36</sup>.

En el contexto de los párrafos (b) y (d) del artículo XX del GATT, y del párrafo (a) del artículo XIV del AGCS, el Órgano de Apelación ha comenzado este análisis con una evaluación de la “importancia relativa” de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada. Después, se analizan otros dos factores: la contribución de la medida al logro de los fines que persigue y la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional. Finalmente, se realiza una comparación entre la medida impugnada y posibles alternativas menos restrictivas al comercio que sean razonablemente disponibles y que contribuyan en un grado equivalente al objetivo de que se trate, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en cuestión y el nivel de protección que persigue el Miembro<sup>37</sup>.

En el asunto *Brasil – Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación aclaró la forma en que ha de realizarse el análisis de la contribución de una medida impugnada al logro del objetivo perseguido. El Órgano de Apelación señaló que una parte que trate de demostrar que sus medidas son “necesarias” debería tratar de establecer esa necesidad mediante “pruebas o datos, correspondientes al pasado o al presente”, que determinen que las medidas en litigio contribuyen al logro de los objetivos perseguidos<sup>38</sup>. No obstante, el Órgano de Apelación explicó que un Grupo Especial no está obligado a constatar que una medida no contribuye al objetivo perseguido sólo porque esa contribución no sea “inmediatamente perceptible” o porque, “[a] corto plazo, podría resultar difícil separar la contribución de una medida concreta de los imputables a las demás medidas que forman parte de la misma política global”<sup>39</sup>. En consecuencia, el Órgano de Apelación declaró lo siguiente: “un Grupo Especial puede llegar a la conclusión de que una [medida] es necesaria sobre la base de la demostración de que ... es adecuada para hacer una contribución importante al logro de su objetivo. Esa demostración puede consistir en proyecciones cuantitativas en el futuro o en un razonamiento cualitativo basado en una serie de hipótesis verificadas y apoyadas por pruebas suficientes”<sup>40</sup>.

En el asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, el Órgano de Apelación confirmó que se realiza el proceso de sopesar y confrontar una serie de factores con arreglo a una secuencia. Confirmó además su análisis en *Brasil – Neumáticos recauchutados* sobre la forma en que ha de realizarse el análisis de la contribución de una medida impugnada al logro del objetivo perseguido<sup>41</sup>.

Además, en *China – Publicaciones y productos audiovisuales* el Órgano de Apelación aclaró que, aunque en principio los grupos especiales deben evaluar los efectos restrictivos de una medida sobre el comercio internacional, este criterio debe aplicarse a la luz de las obligaciones específicas impuestas por los acuerdos abarcados que infringe la medida de que se trata. La evaluación de los efectos restrictivos que debe tenerse en cuenta en una diferencia determinada puede extenderse, en

<sup>34</sup> *Ibidem*, párrafo 309.

<sup>35</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Carne vacuna*, párrafo 164.

<sup>36</sup> *Ibidem*, párrafo 166.

<sup>37</sup> Véanse Informes del Órgano de Apelación *CE – Amianto*, párrafo 172; *Corea – Carne vacuna*, párrafo 162; *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafos 306-307; *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 178; y *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafos 239-242.

<sup>38</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 151.

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> Informe del Órgano de Apelación, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafos 242, 252-253.

los casos en que así proceda, más allá de una evaluación del efecto restrictivo sobre los productos importados, ya que la evaluación debe efectuarse a la luz de la medida en litigio, la obligación específica de los acuerdos abarcados que infringe la medida y las defensas que se invocan. En este caso, la obligación que impuso a China el párrafo 5.1 de su Protocolo de Adhesión fue de conceder el derecho de todas las empresas a comerciar las mercancías. Esta obligación no se refiere únicamente a la cuestión sobre qué puede ser objeto de comercio, sino más directamente a la cuestión de quién tiene derecho a comerciar. Teniendo en cuenta, por un lado, las medidas de China que imponen una restricción respecto de quién puede importar los productos, y por otro, la naturaleza de la obligación específica del párrafo 5.1, que estipula a quién debe autorizar China a importar, la evaluación del efecto restrictivo de las disposiciones de las medidas de China tuvo en cuenta su efecto restrictivo sobre los beneficiarios del derecho a comerciar<sup>42</sup>.

China argumentó que el efecto restrictivo de una medida podría ser pertinente a los efectos del análisis del Grupo Especial sobre si una medida está o no en conformidad con una obligación, o de su análisis sobre si la medida puede justificarse al amparo de una excepción pero no respecto de ambas cuestiones. El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo. El hecho de que el efecto restrictivo de una medida sea pertinente en uno de esos contextos no excluye la posibilidad de que lo sea también en el otro. Al analizar si las disposiciones de las medidas de China eran incompatibles con el párrafo 5.1 del Protocolo de Adhesión de China, el Grupo Especial evaluó si las disposiciones restringen o no las empresas que pueden importar. Después, al analizar si las disposiciones podían justificarse como “necesarias” al amparo del artículo XX(a) del GATT de 1994, evaluó en qué grado las disposiciones restringen a quienes desean importar, así como la forma en que el efecto de restricción se concilia con el grado de contribución al logro del objetivo, y la importancia y el valor que tienen para la sociedad los objetivos legítimos en cuestión. El efecto restrictivo de la disposición era pertinente para cada una de estas indagaciones analíticas independientes. El Órgano de Apelación concluyó que ese enfoque es el resultado de un adecuado análisis secuencial<sup>43</sup>. Además, subrayó que cuanto menos restrictivos sean los efectos de la medida, más probable es que se la califique como “necesaria”. Por consiguiente, si un Miembro opta por aplicar una medida muy restrictiva, tendrá que asegurarse de diseñar cuidadosamente esa medida para que los demás elementos que han de tenerse en cuenta al sopesar y confrontar los factores pertinentes en la evaluación de la “necesidad” de la medida, tengan un “peso superior” al de ese efecto restrictivo<sup>44</sup>.

Los Estados Unidos propusieron la alternativa de que se atribuyera al gobierno chino la responsabilidad exclusiva de la realización del examen del contenido. El Grupo Especial consideró que esa propuesta era una alternativa que sería considerablemente menos restrictiva, que y haría una contribución a la protección de la moral pública en China como mínimo equivalente a la del requisito de disponer de una organización adecuada y personal cualificado y el requisito relativo al plan estatal. El Grupo Especial concluyó que China no había demostrado que esa alternativa no estuviera “razonablemente a su alcance”. En la apelación, China sostuvo que la alternativa propuesta, de atribuir al gobierno de China la responsabilidad exclusiva de la realización del examen del contenido, no estaba “razonablemente a su alcance” por ser de naturaleza meramente teórica e imponer a China una carga indebida y excesiva<sup>45</sup>.

El Órgano de Apelación confirmó su jurisprudencia anterior de que puede considerarse que una medida alternativa no está “razonablemente al alcance” cuando es simplemente de naturaleza teórica, por ejemplo cuando la parte demandada no puede adoptarla, o impone una carga indebida a ese Miembro, como “costos prohibitivos o dificultades técnicas importantes”. Además, la medida alternativa “razonablemente al alcance” debe ser una medida que mantenga para la parte demandada el derecho a lograr el nivel de protección que desee con respecto al objetivo perseguido al amparo

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, párrafos 303-307.

<sup>43</sup> *Ibidem*, párrafo 308.

<sup>44</sup> *Ibidem*, párrafo 310.

<sup>45</sup> *Ibidem*, párrafos 312-313.

del artículo XX del GATT de 1994<sup>46</sup>. Con respecto a la carga de la prueba en relación con las “alternativas razonablemente al alcance”, el Órgano de Apelación confirmó su explicación en *Estados Unidos – Juegos de azar* de que la carga de la prueba recae sobre la parte demandada que invoca la excepción cuando la parte reclamante señala una medida alternativa, pues debe demostrar por qué la alternativa propuesta no es una verdadera alternativa o no está “razonablemente a su alcance”. Si la parte demandada demuestra que la alternativa no está “razonablemente a su alcance” teniendo en cuenta los intereses o valores que se persiguen y el nivel de protección deseado por la parte, se desprende que la medida impugnada debe ser “necesaria”<sup>47</sup>.

China sostuvo que la alternativa propuesta le impondría una carga financiera y administrativa indebida, pues habría obligado a China a emprender “una enorme reestructuración” y a crear una estructura nueva en múltiples niveles para la realización del examen del contenido por el gobierno. Para que el gobierno de China pudiera asumir la responsabilidad exclusiva de la realización del examen del contenido sería necesario formar a gran número de examinadores cualificados y destinarlos a gran cantidad de lugares. Además, China añadió que “importantes dificultades técnicas” ponían de manifiesto que la alternativa propuesta no estaba razonablemente a su alcance. China sostuvo además que la realización del examen del contenido en un único emplazamiento central, de conformidad con la alternativa propuesta, haría imposible volver a verificar el contenido al nivel de la aduana, como se hace en el marco del sistema actual<sup>48</sup>.

El Grupo Especial no consideró evidente que el costo para el gobierno chino fuera necesariamente superior si se aplicara la propuesta estadounidense. China no había facilitado datos ni estimaciones que sugiriesen que el costo para su gobierno sería irrazonablemente elevado o incluso prohibitivo, y que el artículo 44 del Reglamento sobre Publicaciones ya autorizaba al gobierno a cobrar comisiones por la prestación del servicio de examen del contenido, lo que podría reducir la carga económica resultante de la medida alternativa propuesta. El Grupo Especial determinó que China “no había demostrado que la alternativa propuesta por los Estados Unidos impondría a China una carga indebida, ya sea financiera o de otra índole” y, en consecuencia, no había “demostrado que la alternativa propuesta por los Estados Unidos no [estuviera] ‘razonablemente a su alcance’”<sup>49</sup>. El Órgano de Apelación confirmó el análisis en su informe sobre *Estados Unidos – Juegos de azar* de que no es preciso constatar que una medida alternativa no es razonable por el mero hecho de que suponga alguna carga o costo administrativo. La modificación de una medida en vigor puede suponer costos, y un Miembro no puede demostrar que no existe ninguna medida alternativa razonablemente a su alcance con sólo probar que no hay ninguna alternativa más barata. Para acreditar que una alternativa no está “razonablemente a su alcance”, el demandado debe demostrar que la alternativa le impondría una carga indebida, y apoyar esa aseveración con pruebas suficientes<sup>50</sup>. En este caso, China no presentó al Grupo Especial pruebas que acreditaran la naturaleza o magnitud probable de los costos que supondría la alternativa propuesta en comparación con el sistema en vigor. Tampoco probó que la medida alternativa propuesta suponga dificultades técnicas importantes<sup>51</sup>. El argumento de China de que la alternativa propuesta haría imposible “volver a verificar” el contenido en la aduana, no convenció al Órgano de Apelación porque supone forzosamente que el examen del contenido se llevaría a cabo en un único emplazamiento central y no tendría que ser así<sup>52</sup>.

Por último, el Órgano de Apelación aclaró que su conclusión no significaba que China estaba obligada a atribuir la responsabilidad exclusiva de la realización del examen del contenido al gobierno chino. Por el contrario, coincidieron con el Grupo Especial en que los Estados Unidos habían demostrado que la alternativa propuesta sería menos restrictiva y haría una contribución al

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, párrafo 318.

<sup>47</sup> *Ibidem*, párrafo 319.

<sup>48</sup> *Ibidem*, párrafo 322.

<sup>49</sup> *Ibidem*, párrafos 325-326.

<sup>50</sup> *Ibidem*, párrafo 327.

<sup>51</sup> *Ibidem*, párrafos 328-329.

<sup>52</sup> *Ibidem*, párrafo 331.

menos equivalente a la que hacen las medidas en litigio en lo que respecta al logro del nivel de protección de la moral pública deseado por China. Esto no significa que la asunción por el gobierno de China de la responsabilidad exclusiva de realizar el examen del contenido sea la única alternativa al alcance de China, ni que ésta deba adoptar tal sistema. Lo que implica es que China no ha conseguido justificar al amparo del artículo XX(a) del GATT de 1994 las medidas incompatibles con su Protocolo de Adhesión y con el informe del Grupo de Trabajo. Como todos los Miembros de la OMC, China sigue teniendo la prerrogativa de elegir el método que prefiera para aplicar las resoluciones y recomendaciones del OSD respecto de las medidas declaradas incompatibles con las obligaciones que le corresponden en virtud de los acuerdos abarcados<sup>53</sup>.

El análisis de necesidad es el mismo en el artículo XX(a) del GATT que en los demás apartados del artículo XX del GATT, así como en el artículo XIV del AGCS que utiliza este criterio. Por lo tanto, el análisis del Órgano de Apelación en este caso tiene relevancia más allá del artículo XX(a) del GATT.

## 6. La interpretación evolutiva

En su análisis del alcance de la anotación relativa a los “Servicios de distribución de grabaciones de sonidos” que figura en la Lista de China anexa al AGCS, el Grupo Especial concluyó que abarca la distribución de grabaciones sonoras en forma no física, en particular a través de medios electrónicos<sup>54</sup>. En la apelación, China sostuvo que el análisis del Grupo Especial bajo los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena fue erróneo. Además, argumentó que ante “un grado de ambigüedad tan elevado”, el Grupo Especial debería haber aplicado el principio *in dubio mitius*, “absteniéndose de adoptar la interpretación menos favorable para China”<sup>55</sup>. El Órgano de Apelación confirmó la interpretación del Grupo Especial y consideró que el análisis bajo el artículo 31 no hizo que el sentido corriente del compromiso de China “no sea concluyente” o sea ambiguo. Por lo tanto, no fue necesario aplicar el artículo 32 (aunque el Órgano de Apelación lo hizo de todos modos)<sup>56</sup>. Además, el Órgano de Apelación no creyó que el Grupo Especial hubiera cometido un error al tratar de confirmar su constatación bajo el artículo 31 de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena<sup>57</sup>. En cuanto al principio *in dubio mitius*, el Órgano de Apelación concluyó que, “aunque el principio *in dubio mitius* fuera pertinente para la solución de diferencias en la OMC, en la presente diferencia no hay lugar para su aplicación”.

El aspecto más interesante del análisis del Órgano de Apelación bajo el artículo 31 de la Convención de Viena fue el uso de la interpretación evolutiva para interpretar la anotación en la Lista de China, siguiendo el método adoptado en *Estados Unidos – Camarones*, en el que el Órgano de Apelación interpretó los términos “recursos naturales agotables” que figuran en el Artículo XX(g) del GATT de 1994<sup>58</sup>. El Órgano de Apelación estimó que los términos utilizados en la Lista de China anexa al AGCS (“grabación de sonidos” y “distribución”) son lo bastante genéricos para que aquello a lo que se aplican pueda cambiar con el paso del tiempo. Además, observó a ese respecto que las Listas anexas al AGCS, como el propio AGCS y todos los Acuerdos de la OMC, constituyen tratados multilaterales con obligaciones continuadas que los Miembros de la OMC han concluido por un período de tiempo indefinido, con independencia de que fueran Miembros iniciales o se hubieran adherido después de 1995<sup>59</sup>. No sería lógico limitar la interpretación de los compromisos específicos al momento en que se concluyó la Lista. Significaría que compromisos muy similares o redactados en idénticos términos tendrían distintos significados, contenidos y

<sup>53</sup> *Ibidem*, párrafo 335.

<sup>54</sup> *Ibidem*, párrafo 338.

<sup>55</sup> *Ibidem*, párrafo 341.

<sup>56</sup> *Ibidem*, párrafos 398-400.

<sup>57</sup> *Ibidem*, párrafo 404.

<sup>58</sup> *Ibidem*, nota al pie 705. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones*, párrafos 129-130.

<sup>59</sup> Informe del Órgano de Apelación, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 396.

cobertura, en función de la fecha de su adopción o la fecha de la adhesión del Miembro al tratado. Esa interpretación obraría en menoscabo de la previsibilidad, seguridad y claridad de los compromisos específicos en el marco del AGCS, que se contraen a través de sucesivas rondas de negociaciones<sup>60</sup>.

## 7. La similitud bajo el artículo XVII del AGCS

La jurisprudencia de la OMC no ha desarrollado mucho la interpretación del término “servicios similares o proveedores de servicios similares” en el artículo XVII:1 del AGCS, o el término comparable en el artículo II:1 del AGCS, “servicios similares y a los proveedores de servicios similares”<sup>61</sup>. Es importante notar que este término es idéntico en estas dos disposiciones el texto en inglés (*like services and service suppliers*), pero distinto en el texto en español. Por lo tanto, habría que reconciliar esta discrepancia aplicando el artículo 33 de la Convención de Viena<sup>62</sup>.

En este caso, el Grupo Especial aplicó jurisprudencia sobre el artículo III del GATT de 1994<sup>63</sup> al artículo XVII del AGCS, constatando que “[c]uando el único factor en el que una medida basa la diferencia de trato entre proveedores nacionales y extranjeros de servicios es el origen, se cumple el requisito de que se trate de “proveedores de servicios similares”, siempre que haya o pueda haber proveedores nacionales y extranjeros que en el marco de una medida sean iguales en todos los aspectos importantes salvo en lo que respecta al origen”<sup>64</sup>. Sobre la cuestión de si el Artículo XVII requiere pruebas sobre la similitud de los servicios y los proveedores, dada que los Estados Unidos centraron su alegación en el trato otorgado a los proveedores y no a los servicios, el Grupo Especial centró igualmente su análisis en la similitud de los proveedores de los servicios en litigio<sup>65</sup>. No se apelaron estas constataciones del Grupo Especial.

## 8. Cuestiones jurídicas que están por resolverse en asuntos futuros

Hay varias cuestiones jurídicas que quedan sin resolverse después de este asunto. En cuanto al artículo XX del GATT, hay dos aspectos. Primero, hay que determinar la disponibilidad del artículo XX para justificar las medidas que sean inconsistentes con las disposiciones de los demás acuerdos abarcados del Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC. Segundo, hay que definir la relevancia de la jurisprudencia sobre el artículo XX del GATT y el artículo XIV del AGCS para la interpretación de las disposiciones que utilizan términos parecidos en otros acuerdos abarcados, como el artículo 27.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, el artículo 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el artículo 2.1 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias<sup>66</sup>. En cuanto a las reglas de interpretación de los tratados, hay que decidir en qué circunstancias se puede utilizar la técnica de la interpretación evolutiva y en cuáles se puede aplicar el principio de *in dubio mitius*. Respecto al artículo XVII del AGCS, hay que definir el análisis de similitud en el contexto de los servicios y los

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, párrafo 397.

<sup>61</sup> Véanse Cossy, M., “Determining ‘likeness’ under the GATS: Squaring the circle?”, *WTO Working Paper*, ERSD-2006-08, 26 de septiembre de 2006, [http://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd200608\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200608_e.pdf) y Ruiz Euler, N.D., “El trato nacional y la nación más favorecida en el Acuerdo General Sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio”, Documento de trabajo, Centro de Derecho Económico Internacional, <http://cdei.itam.mx/RuizAGCS.pdf>.

<sup>62</sup> Véase Condon, Bradly J., “Lost in Translation: Plurilingual Interpretation of WTO Law”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1, 2009, pp. 1–26.

<sup>63</sup> Informes de los Grupos Especiales, *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafos 6.164-6.167 y *Argentina – Pielés y cueros*, párrafos 11.168-11.169.

<sup>64</sup> Informe del Grupo Especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafos 7.975, 7.1072 y 7.1284.

<sup>65</sup> *Ibidem*, párrafo 7.1283.

<sup>66</sup> Véase Condon, Bradly J., “Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, No. 4, 2009, pp. 895-926.

proveedores de servicios, y hay que reconciliar la discrepancia entre el texto en inglés y el texto en español. También habría que determinar cuándo es apropiado que un Grupo Especial tenga recurso a una suposición a efectos de argumentación para resolver una diferencia.