

COMENTARIO SOBRE *ESTADOS UNIDOS — AVES DE CORRAL (CHINA)*, INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

Bradly J. Condon*

Resumen:

El Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) ha sido pocas veces analizado en el sistema de solución de controversias de la OMC. El caso de *Estados Unidos — Aves de corral (China)* representa un hito en el desarrollo de la jurisprudencia en esa materia, pues precisa qué debe entenderse por medida sanitaria y fitosanitaria, aunque de forma distinta al Grupo Especial en el asunto *CE — Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*; y detalla cuál es el orden que debe respetarse para el análisis de las normas del Acuerdo en cuestión. Aunque el Grupo Especial no definió completamente la relación entre el artículo XX (b) del GATT y el Acuerdo MSF, es pionero en establecer que la incompatibilidad de una norma con ciertas disposiciones de dicho Acuerdo no puede justificarse bajo dicha excepción del GATT.

Abstract:

The Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement) has been analyzed in relatively few WTO cases. The panel report in *US – Poultry (China)* is an important contribution to the jurisprudence on this agreement, particularly with respect to the order of analysis of the dispositions of the agreement and the definition of SPS measure, although it differs on the latter point from the panel report in *EC – Approval and Marketing of Biotech products*. Another key issue raised in this case is the relationship between the SPS Agreement and Article XX(b) of the GATT. While the panel did not provide an extensive analysis of this issue, it did find that inconsistency with certain provisions of the SPS Agreement cannot be justified under Article XX(b).

1. Introducción

El 29 de septiembre de 2010, el Grupo Especial emitió su informe en el asunto *Estados Unidos — Aves de corral (China)*¹. El gobierno de los Estados Unidos autoriza la importación de productos de aves de corral si el sistema de inspección del país solicitante es equivalente al propio. Dicho país debe certificar los establecimientos que son aptos para exportar y someterse a un procedimiento de evaluación continua (por lo general anual)². El 24 de abril de 2006 se autorizó a China a exportar productos de aves de corral elaborados hacia los Estados Unidos, a condición de que éstos procedieran de aves de corral sacrificadas en ese país, o bien de establecimientos certificados de otros países autorizados a exportar aves de corral a los Estados Unidos³. En junio de 2006, se formuló una determinación preliminar de que el sistema de inspección de aves de corral de China para las aves de corral sacrificadas era equivalente a las normas de los Estados Unidos⁴.

Sin embargo, el artículo 733 de la Ley de Asignaciones para Agricultura, Desarrollo Rural, Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos y Organismos Conexos (“LAA”) de 2008 restringió el uso de fondos para establecer o aplicar una norma que permitiera la importación en los Estados Unidos de productos de aves de corral procedentes de China. La medida en litigio en

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

¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Determinadas medidas que afectan a las importaciones de aves de corral procedentes de China (Estados Unidos — Aves de corral (China))*, WT/DS392/R, adoptado el 25 de octubre de 2010.

² *Ibidem*, párrafos 2.5—2.8.

³ *Ibidem*, párrafos 2.18—2.19.

⁴ *Ibidem*, párrafo 2.21.

esta diferencia fue el artículo 727 de la LAA de 2010, que estableció la misma regla⁵. Una declaración explicativa conjunta (“DEC”) dilucidó la finalidad del artículo 727. La DEC estableció que persistían “muy graves preocupaciones acerca de los alimentos contaminados procedentes de China” y encomendó al USDA presentar un plan de acción para garantizar la inocuidad de los productos de aves de corral procedentes de China⁶. El artículo 727 expiró el 30 de septiembre de 2009⁷.

China alegó que el artículo 727 de la LAA de 2010 era inconsistente con los artículos I:1 y XI:1 del GATT de 1994, el artículo 4.2 del Acuerdo sobre la Agricultura, y los artículos 2.2, 2.3, 5.1, 5.2, 5.5, 5.6 y 8 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF). Dado que el artículo 727 había expirado, China además le solicitó al Grupo Especial que le recomendara a los Estados Unidos que en el futuro no introdujera disposiciones similares al artículo 727 en su legislación⁸. El Grupo Especial concluyó que el artículo 727 de la LAA de 2010 era inconsistente con los artículos I:1 y XI:1 del GATT de 1994 y los artículos 2.2, 2.3, 5.1, 5.2, 5.5, y 8 del Acuerdo MSF. El Grupo Especial también constató que el artículo 727 no pudo justificarse bajo el artículo XX(b) del GATT de 1994, por ser incompatible con los artículos 2.2, 2.3, 5.1, 5.2, y 5.5 del Acuerdo MSF. Asimismo, declinó pronunciarse sobre la consistencia de la medida con el artículo 5.6 del Acuerdo MSF y el artículo 4.2 del Acuerdo sobre la Agricultura.

El Grupo Especial consideró que no estaba comprendido en su mandato hacer recomendaciones sobre medidas futuras⁹. Sin embargo, aunque el artículo 727 había expirado, el Grupo Especial decidió examinar su compatibilidad con las normas de la OMC porque los Estados Unidos no habían reconocido la incompatibilidad de la medida, y debido al temor de que la medida derogada pudiera imponerse fácilmente de nuevo. En tal sentido, recordó la hipótesis del Órgano de Apelación en *Chile — Sistema de bandas de precios*, según la cual el reclamante no debería tener que afrontar un “blanco móvil”. No obstante, decidió que no tendría sentido pedir a los Estados Unidos que pusieran el artículo 727 en consonancia con los acuerdos abarcados, dado que la medida ya no estaba en vigor¹⁰.

Este informe es importante por tres aspectos en particular. Primero, es el tercer informe de un grupo especial que estudia a fondo la definición de medida sanitaria o fitosanitaria y el segundo que no estuvo de acuerdo con el análisis del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE — Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*. Segundo, hace un análisis importante sobre el orden del análisis y la relación entre las disposiciones del Acuerdo MSF. Tercero, es el primer grupo especial que ha enfrentado la cuestión sobre si se puede invocar el artículo XX(b) del GATT de 1994 para justificar una violación del Acuerdo MSF. Este comentario revisa estos aspectos del informe y su análisis bajo otras disposiciones importantes del Acuerdo MSF.

2. Orden de análisis y relación entre las disposiciones del Acuerdo MSF

El Grupo Especial decidió primero determinar si el artículo 727 era una medida sanitaria o fitosanitaria. Si constataba que sí, el Acuerdo MSF sería una *lex specialis*, y debería comenzar analizando las alegaciones de China al amparo del Acuerdo MSF, al igual que en los asuntos *CE — Hormonas* y *Australia — Salmón*. Además, según el artículo 2.4 del Acuerdo MSF, se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias conformes a las disposiciones del Acuerdo MSF están en conformidad con las disposiciones del GATT de 1994 relacionadas con el empleo de las medidas sanitarias o fitosanitarias, en particular las del artículo XX(b). Entonces, si el Grupo Especial constataba que el artículo 727 era una medida sanitaria o fitosanitaria, una constatación de que no

⁵ *Ibidem*, párrafo 2.2.

⁶ *Ibidem*, párrafo 2.3.

⁷ *Ibidem*, párrafo 2.4.

⁸ *Ibidem*, párrafos 3.1—3.2.

⁹ *Ibidem*, párrafos 8.1—8.10.

¹⁰ *Ibidem*, párrafos 7.55—7.56.

era incompatible con el Acuerdo MSF daría lugar a una presunción de que estaba en conformidad con el artículo XX(b) del GATT de 1994. En consecuencia, el Grupo Especial no tendría que examinar las alegaciones formuladas al amparo del GATT. Sin embargo, no existe presunción de compatibilidad con el Acuerdo MSF para medidas que son compatibles con el artículo XX(b) del GATT de 1994. Por lo tanto, si el Grupo Especial comenzara con las alegaciones al amparo del GATT de 1994 y constatará que el artículo 727 era compatible con ese Acuerdo, aún tendría que examinar las alegaciones formuladas al amparo del Acuerdo MSF. Por consiguiente, el Grupo Especial examinó primero si el artículo 727 era una medida sanitaria o fitosanitaria; en segundo lugar, las alegaciones al amparo del Acuerdo MSF; y finalmente, las alegaciones al amparo del GATT de 1994. Si constataba que el artículo 727 era incompatible con una o más disposiciones del Acuerdo MSF, el Grupo Especial hubiera podido concluir que había solucionado la diferencia, sin proceder a examinar las alegaciones de China al amparo del GATT de 1994. No obstante, dado que los Estados Unidos habían centrado su defensa exclusivamente en las alegaciones al amparo del GATT de 1994 al invocar la excepción general del artículo XX(b) del GATT de 1994, el Grupo Especial consideró apropiado también revisar las alegaciones bajo el GATT¹¹.

El Acuerdo MSF no contiene ninguna directriz sobre la secuencia para el análisis de sus disposiciones. El Grupo Especial decidió comenzar comprobando si el artículo 727 estaba basado en testimonios científicos, antes de examinar el modo en que dicha disposición se aplicaba. Por consiguiente, inició con los párrafos 1 y 2 del artículo 5, pues cualquier incompatibilidad con estas disposiciones llevaría necesariamente a la incompatibilidad con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF. Después, examinó la prohibición de discriminar entre los Miembros de manera arbitraria o injustificable prevista en el artículo 2.3, así como la discriminación arbitraria o injustificable del artículo 5.5 del Acuerdo MSF. La constatación de una infracción del artículo 5.5 implica necesariamente la infracción del artículo 2.3. Sin embargo, el artículo 5.5 no contiene la expresión “entre Miembros”. En un caso de discriminación entre productos del mismo Miembro, aunque podría establecerse una incompatibilidad con el artículo 5.5, no habría discriminación entre Miembros bajo el artículo 2.3. No obstante, en esta diferencia, China alegó la discriminación entre productos de diferentes Miembros. Por lo tanto, el Grupo Especial analizó el artículo 5.5 antes que el artículo 2.3, y luego revisó las alegaciones bajo el artículo 5.6 del Acuerdo MSF. Por último, procedió a examinar el artículo 8¹².

3. Alcance del Acuerdo MSF

Hay dos condiciones para aplicar el Acuerdo MSF a una determinada medida, esto es: i) la medida debe ser una medida sanitaria o fitosanitaria tal como se define en el Anexo A del Acuerdo MSF; y ii) la medida ha de afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional. En cinco de las siete otras diferencias referentes a cuestiones sanitarias y fitosanitarias, ha sido sencillo determinar si la medida en litigio era una medida sanitaria o fitosanitaria¹³.

La primera disputa en la que el Grupo Especial estudió a fondo la definición de medida sanitaria o fitosanitaria fue *CE — Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*. En dicho asunto, el Grupo Especial explicó que para determinar si una medida es una MSF deben tenerse en cuenta elementos como la finalidad de la medida, su forma jurídica y su naturaleza. El Grupo Especial constató que una de las medidas en litigio, una moratoria, no tenía la “naturaleza” de una medida sanitaria o fitosanitaria porque no establecía prescripciones ni procedimientos, y por lo tanto, no cumplía con la definición del párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF¹⁴. En cuanto al segundo criterio, el mismo Grupo Especial determinó que no es necesario demostrar que una MSF

¹¹ *Ibidem*, párrafos 7.66—7.69.

¹² *Ibidem*, párrafos 7.157—7.161.

¹³ *CE — Hormonas, Australia — Salmón, Japón — Productos agrícolas II, Japón — Manzanas y Estados Unidos/Canadá — Mantenimiento de la suspensión*.

¹⁴ Informe del Grupo Especial, *CE — Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1334

tiene *efectos reales* en el comercio mientras pueda afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional¹⁵.

En el asunto *Australia — Manzanas*, el Grupo Especial también estudió a profundidad la definición de medida sanitaria o fitosanitaria. Analizó el texto de la segunda parte del párrafo 1 del Anexo A en inglés, francés y español, e interpretó la frase en la segunda parte del párrafo 1 del Anexo A sobre “todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes” como una lista de cinco conceptos¹⁶. Así, discrepó de la interpretación del Grupo Especial en el asunto *CE — Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, según la cual los ejemplos que siguen a esta lista en el párrafo 1 del Anexo A se referirían sólo a los dos últimos conceptos de la lista (“prescripciones y procedimientos”)¹⁷.

El Grupo Especial en *Estados Unidos — Aves de corral (China)* tampoco estuvo de acuerdo con el análisis del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE — Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*. No consideró que el examen para determinar si una medida es una MSF tenga que ser una prueba rígida de tres partes, sino que entraña un examen holístico de la medida, que incluye tanto su forma como su naturaleza¹⁸. En consecuencia, dividió su análisis en dos partes para determinar: (1) si era una medida aplicada con una finalidad prevista en la primera parte del párrafo 1 del Anexo A; y (2) si la medida estaba dentro del ámbito de aplicación de los tipos de MSF establecidos en la segunda parte del párrafo 1 del Anexo A (que establece que las “medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes ...”). Sin embargo, este Grupo Especial no consideró el informe del Grupo Especial en el asunto *Australia — Manzanas*.

En su análisis, el Grupo Especial tuvo en cuenta el DEC, donde los Estados Unidos adujeron que el objetivo de política del artículo 727 era proteger la vida y la salud de las personas y de los animales del riesgo resultante de la importación de productos de aves de corral procedentes de China, así como el informe del comité parlamentario estadounidense. Concluyó que el artículo 727 justamente se promulgó con esa finalidad para el caso de productos chinos contaminados. El Grupo Especial concluyó entonces que ese artículo era una medida aplicada con el objetivo previsto en el apartado b) del párrafo 1 del Anexo A (“para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos”)¹⁹. Aunque el artículo 727 estaba contenido en una ley de asignaciones, esa es la manera que tiene el Congreso de ejercer control sobre las actividades de un organismo gubernamental encargado de aplicar leyes y reglamentos sustantivos sobre cuestiones sanitarias y fitosanitarias. El Grupo Especial por lo tanto determinó que el hecho de que esté contenido en una ley de asignaciones no lo excluye del ámbito de aplicación de los tipos de MSF establecidos en la segunda parte del párrafo 1 del Anexo A²⁰.

En cuanto a la segunda condición del artículo 1 del Acuerdo MSF, el Grupo Especial observó que independientemente de que se considerara que el artículo 727 tenía un efecto directo o indirecto, la repercusión de la medida era tal que mientras estuviera en vigor no podían dar comienzo las exportaciones de productos de aves de corral de China hacia los Estados Unidos. Por consiguiente, el artículo 727 afectó, directa o indirectamente, el comercio internacional de productos de aves de corral²¹, por lo que constató que el artículo 727 era una MSF abarcada por ese Acuerdo.

¹⁵ *Ibidem*, párrafo 7.435.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, *Australia — Manzanas*, párrafos 7.143—7.153.

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 7.150.

¹⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Aves de corral (China)*, párrafos 7.100—7.101.

¹⁹ *Ibidem*, párrafos 7.112—7.115.

²⁰ *Ibidem*, párrafo 7.119.

²¹ *Ibidem*, párrafo 7.165.

3.1. Análisis de los artículos 5.1, 5.2 y 2.2

El artículo 5.1 del Acuerdo MSF contiene dos cuestiones fundamentales: (1) ¿se hizo una evaluación del riesgo adecuada a las circunstancias, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes y los elementos enumerados en el artículo 5.2?; y (2) ¿la medida sanitaria se basa en esa evaluación del riesgo? La primera cuestión requiere determinar, primero, que es una evaluación del riesgo a la luz de la definición del párrafo 4 del Anexo A; y segundo, si la evaluación del riesgo en efecto se realizó²².

Los Estados Unidos citaron informes de organizaciones internacionales y de organismos gubernamentales acerca de los problemas de China en materia de inocuidad de los alimentos. Sin embargo, no probaron que esos estudios constituyeron la “evaluación del riesgo” de la que se desprende el artículo 727. El Grupo Especial por lo tanto determinó que los Estados Unidos no habían basado el artículo 727 en ninguna evaluación del riesgo, ya sea emprendida por sus autoridades o por cualquier otra entidad²³.

El artículo 2.2 prescribe que las medidas se basen en principios científicos, y también que no se mantengan sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el artículo 5.7. Requiere una relación racional u objetiva entre la MSF y los testimonios científicos²⁴. Para que los testimonios científicos respalden suficientemente una medida, los mismos deben ser también suficientes para demostrar la existencia del riesgo al que se supone que la medida hace frente²⁵. El artículo 5.7 permite adoptar medidas provisionales cuando los “testimonios científicos (...) sean insuficientes”. Éstos se considerarán “insuficientes” “si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y como se define en el Anexo A del Acuerdo MSF”²⁶. El Grupo Especial consideró que para que los Estados Unidos mantengan el artículo 727 con testimonios científicos suficientes, éstos deben guardar una relación racional con la medida, ser suficientes para demostrar la existencia del riesgo al que se supone ha de hacer frente la medida y ser del tipo necesario para una evaluación del riesgo²⁷. Cuando una MSF no se fundamente en una evaluación del riesgo, como exigen los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF, se dice que no se basa en principios científicos y que se mantiene sin testimonios científicos suficientes²⁸. En ese caso, los testimonios a que hacían referencia los Estados Unidos no se ocuparon específicamente del sistema de inspección de las aves de corral de China, ni de la existencia del riesgo al que debía hacer frente la medida. Así fue entonces que el Grupo Especial constató que el artículo 727 se mantuvo sin testimonios científicos suficientes²⁹.

3.2. Análisis del artículo 5.5

El artículo 5.5 prohíbe la discriminación con respecto a la aplicación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria. Tres son las condiciones que deben satisfacerse para establecer una infracción del artículo 5.5: (1) que el Miembro haya fijado niveles de protección diferentes en “situaciones diferentes”; (2) que los niveles de protección presenten diferencias “arbitrarias o injustificables” en su tratamiento de situaciones diferentes; y (3) que esas diferencias arbitrarias o injustificables produzcan “discriminación o una restricción encubierta” del comercio internacional. Además de ser diferentes, las situaciones deben ser comparables³⁰.

²² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Aves de corral (China)*, párrafos 7.173—7.174.

²³ *Ibidem*, párrafos 7.187—7.191.

²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Japón — Productos agrícolas II*, párrafo 84.

²⁵ Informe del Grupo Especial, *Japón — Manzanas (párrafo 5 del artículo 21 — Estados Unidos)*, párrafo 8.45.

²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Japón — Manzanas*, párrafo 179; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá — Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 674.

²⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Aves de corral (China)*, párrafo 7.200.

²⁸ *Ibidem*, párrafo 7.201.

²⁹ *Ibidem*, párrafo 7.202.

³⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE — Hormonas*, párrafos 214—217.

En este caso, el Grupo Especial concluyó que el riesgo de que las bacterias *Salmonella*, *Campylobacter* y *Listeria* estuvieran presentes tanto en los productos de aves de corral procedentes de China como en aquellos provenientes de otros Miembros de la OMC, por lo que las situaciones diferentes son comparables³¹. El Grupo Especial reconoció que los Estados Unidos tienen libertad para decidir cuál es su nivel adecuado de protección. Aceptó dicho nivel para el caso de las aves de corral, en general, es el que se estipula en el artículo 466 de la Ley de inspección de productos avícolas (PPIA). Sin embargo, examinó si ese nivel específico de protección estadounidense era distinto del establecido en la PPIA³². Con arreglo a los procedimientos normales, la importación de productos de aves de corral procedentes de un determinado país sólo se prohibía hasta que ese país hubiera demostrado que sus medidas sanitarias y fitosanitarias pudiesen lograr el nivel adecuado de protección estipulado en la PPIA. Sin embargo, el efecto del artículo 727 fue prohibir las importaciones de aves chinas en todos los casos, independientemente de que China demostrara que sus medidas sanitarias y fitosanitarias podían lograr el nivel adecuado de protección expresado en la PPIA. Esta prohibición absoluta reflejó un nivel adecuado de protección sustancialmente diferente a aquel de prohibición condicionada de los procedimientos normales. Para probar que esas medidas sustancialmente diferentes eran necesarias para lograr el mismo nivel adecuado de protección, los Estados Unidos tendrían que demostrar que los productos de aves de corral procedentes de China presentaban un riesgo mayor que los procedentes de otros Miembros de la OMC. Pero no lo hizo³³.

En cuanto al segundo criterio, el Grupo Especial observó que, según el Órgano de Apelación, las constataciones relativas al sentido corriente de la expresión “arbitrario o injustificable” en el preámbulo del artículo XX del GATT de 1994 son pertinentes y sirven de orientación para la interpretación de la expresión “discriminación arbitraria o injustificable” en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF. Consideró que son igualmente pertinentes a la interpretación de la obligación establecida en el artículo 5.5, por ser una enunciación más específica de la obligación básica establecida en el artículo 2.3. Por ello, había que analizar la justificación de la distinción, y si esa justificación guardaba una relación racional con el objetivo de las medidas. Para demostrar que la distinción en los niveles adecuados de protección no es arbitraria o injustificable en el sentido del artículo 5.5, un Miembro tendría que probar que en las situaciones comparables hay niveles de riesgo diferentes, lo cual requiere testimonios científicos³⁴. Dado que el artículo 727 no se basó en una evaluación del riesgo y se mantuvo sin testimonios científicos suficientes, no existía ninguna justificación basada en principios científicos y respaldada por testimonios científicos para la distinción en los niveles adecuados de protección. Por lo tanto, la distinción en los niveles adecuados de protección fue “arbitraria o injustificable”³⁵.

Respecto al tercer criterio, el Grupo Especial observó que el Grupo Especial en el asunto *Australia — Salmón* identificó tres “señales de aviso” que indican si la aplicación de distinciones en los niveles adecuados de protección en situaciones diferentes tiene por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Éstas son: (1) el carácter arbitrario e injustificable de las diferencias en los niveles de protección; (2) la diferencia “bastante sustancial” entre los niveles de protección; y (3) la incompatibilidad de la medida sanitaria o fitosanitaria con el artículo 5.1 y el artículo 2.2 del Acuerdo MSF³⁶. Sin embargo, observó que la presencia de las tres señales de aviso no significaba necesariamente que la medida tenía por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio, y que el análisis debe efectuarse atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso³⁷. En este asunto, la primera señal fue la distinción arbitraria o injustificable en los niveles adecuados de protección. La segunda señal fue la diferencia sustancial entre la prohibición absoluta para las importaciones de China y la prohibición

³¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Aves de corral (China)*, párrafo 7.236.

³² *Ibidem*, párrafo 7.244.

³³ *Ibidem*, párrafos 7.248—7.251.

³⁴ *Ibidem*, párrafos 7.260—7.263.

³⁵ *Ibidem*, párrafos 7.268—7.269.

³⁶ *Ibidem*, párrafo 7.277.

³⁷ *Ibidem*, párrafo 7.282.

condicionada para los demás Miembros de la OMC. La tercera también estaba presente porque había constatado la infracción de ambas disposiciones³⁸.

Además de las tres señales anteriores, el Grupo Especial consideró tres “factores adicionales”. Primero, recordó que en el asunto *Australia — Salmón* tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación consideraron que las diferencias sustanciales en las conclusiones alcanzadas en informes sucesivos emitidos con un solo año de diferencia por el gobierno del Miembro importador (respecto a las medidas requeridas para hacer frente al riesgo percibido en una situación determinada), constituían un factor adicional que demostraba la discriminación. En el caso actual, también existía esta señal porque en 2006 los Estados Unidos concluyó que el nivel de inocuidad de las aves de corral elaboradas chinas era suficiente para satisfacer el nivel adecuado de protección estadounidense estipulado en la PPIA. Sin embargo, en 2008 el Congreso de los Estados Unidos reemplazó esa determinación por la constatación de que dichos productos eran tan peligrosos que era necesario impedir que se procediera a establecer y aplicar una norma que permitiera su importación. Segundo, el Grupo Especial consideró que el hecho de que el artículo 727 se aplique sólo a los productos de aves de corral procedentes de China fue discriminatorio por su propia naturaleza. Tercero, recordó la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos — Camarones* de que “la discriminación no solamente tiene lugar cuando países en los que prevalecen las mismas condiciones reciben un trato diferente, sino también cuando la aplicación de la medida en cuestión no permite ninguna investigación para determinar si el programa reglamentario es apropiado a las condiciones que prevalecen en esos países exportadores”. Consideró que una prohibición que impide considerar la solicitud de determinación de la equivalencia de China constituyó el mismo tipo de medida. Por lo tanto, el Grupo Especial constató que el artículo 727 era incompatible con el artículo 5.5 del Acuerdo MSF³⁹.

3.3. Análisis del artículo 2.3

Tres elementos son necesarios para constatar una infracción de la primera frase del artículo 2.3: (1) que la medida discrimine entre los territorios de Miembros que no sean el Miembro que impone la medida, o entre el territorio del Miembro que impone la medida y el de otro Miembro; (2) que la discriminación sea arbitraria o injustificable; y (3) que prevalezcan condiciones idénticas o similares en el territorio de los Miembros comparados⁴⁰. Debido a que el artículo 2.3 establece la “obligación básica” y el artículo 5 es un enunciado más específico de esa obligación, la constatación de que se había violado el artículo 5.5 implicó necesariamente la existencia de una violación del artículo 2.3⁴¹.

3.4. Análisis del artículo 5.6

El artículo 5.6 establece tres elementos acumulativos para una violación. Son que haya una MSF: (1) razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica [y] económica; 2) con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro; y 3) que sea significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada⁴². Dado que los Estados Unidos no habían basado el artículo 727 en una evaluación del riesgo, y que lo habían mantenido sin testimonios científicos suficientes, no se había establecido el nivel de riesgo que entrañan los productos de aves de corral chinos. En consecuencia, el Grupo Especial tendría que realizar un análisis hipotético que equivaldría a hacer su propia evaluación de riesgo. Sin embargo, un grupo especial no debe llevar a cabo su propia evaluación de riesgo ni imponer ninguna opinión científica

³⁸ *Ibidem*, párrafos 7.284—7.287.

³⁹ *Ibidem*, párrafos 7.290—7.294.

⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 7.317 y Informe del Grupo Especial, *Australia — Salmón (párrafo 5 del artículo 21 — Canadá)*, párrafo 7.111.

⁴¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Aves de corral (China)*, párrafo 7.318.

⁴² Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Salmón*, párrafo 194.

al Miembro importador. Entonces, el Grupo Especial se abstuvo de pronunciarse sobre la alegación al amparo del artículo 5.6⁴³.

3.5. Análisis del artículo 8 y el párrafo 1 del Anexo C

El artículo 8 y el párrafo 1 del Anexo C se aplican a los procedimientos de control, inspección y aprobación para verificar las MSF y velar por su cumplimiento. El Grupo Especial dividió su análisis así: (1) examinar qué significa “procedimientos de control, inspección y aprobación”; (2) determinar si los procedimientos en este caso constituyeron “procedimientos de control, inspección y aprobación” en el sentido del párrafo 1 del Anexo C del Acuerdo MSF; y (3) en caso afirmativo, evaluar si el artículo 727 tuvo por efecto causar una demora indebida en la aplicación de los procedimientos ordinarios a los productos de aves de corral chinos, incumpliendo los requisitos establecidos en el apartado a) del párrafo 1 del Anexo C del Acuerdo MSF y, por tanto, incompatible con el artículo 8 del Acuerdo MSF⁴⁴. En este caso, el proceso de determinación de la equivalencia, que incluye el establecimiento y la aplicación de una norma que permite la importación de productos de aves de corral procedentes de un país específico, fue el único medio en virtud del cual cualquier país podrá exportar aves de corral y productos de aves de corral a los Estados Unidos⁴⁵. El Grupo Especial concluyó que este proceso de determinación de la equivalencia era un “procedimiento de aprobación”, en el sentido del párrafo 1 del Anexo C⁴⁶. Al prohibir el “establecimiento y aplicación de una norma”, el artículo 727 eliminó toda posibilidad de “ultimación” del proceso de determinación de la equivalencia del FSIS, lo cual debe caracterizarse como una “demora indebida” en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del Anexo C del Acuerdo MSF⁴⁷. Para examinar si la demora causada por el artículo 727 tenía alguna justificación legítima, el Grupo Especial consideró los argumentos de las partes relativos a la “necesidad” bajo el Artículo XX(b) del GATT de 1994. El Grupo Especial recordó sus constataciones anteriores sobre la incompatibilidad del artículo 727 con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF, por no estar basado en una evaluación de riesgo y mantenerse sin testimonios científicos suficientes. Aludió también a sus constataciones de que no había principios científicos que justifiquen la distinción en los niveles adecuados de protección aplicados al riesgo, por lo que esta distinción era arbitraria o injustificable en el sentido del artículo 5.5 del Acuerdo MSF. Concluyó que no podría justificarse la demora en la ultimación de los procedimientos de aprobación sobre la base de los argumentos ya rechazados⁴⁸. Así, el Grupo Especial constató que el artículo 727, al no respetar las disposiciones del apartado a) del párrafo 1 del Anexo C del Acuerdo MSF, era incompatible con el artículo 8⁴⁹.

4. Análisis del GATT de 1994

En su análisis del artículo I:1 del GATT de 1994, el Grupo Especial concluyó que la expresión “relativos a las importaciones”, tal como se utiliza en el artículo I, no abarca únicamente las medidas directamente relacionadas con el proceso de importación, sino que podría también incluir medidas, como el artículo 727, que guardan relación con otros aspectos de la importación del producto o afectan a las importaciones efectivas. Así, determinó que el artículo 727 era un reglamento relativo a las importaciones en el sentido del artículo I:1⁵⁰. También concluyó que la cumplimentación de los trámites indicados era la única forma en que un importador puede

⁴³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Aves de corral (China)*, párrafos 7.332—7.337.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 7.356.

⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 7.368.

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 7.377.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 7.385.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 7.391.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 7.396.

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 7.410.

introducir productos de aves de corral en el mercado de los Estados Unidos. La posibilidad de vender estos productos en dicho mercado fue una ventaja en el sentido del artículo I:1 del GATT de 1994 porque crea oportunidades de acceso al mercado y afecta la relación comercial entre productos de diferentes orígenes⁵¹. En cuanto a la cuestión de productos similares, hizo un análisis de los “hipotéticos” productos similares y basó su determinación en si los productos supuestamente “similares” se distinguen exclusivamente por su origen. Al apuntar únicamente a China, el artículo 727 imponía una discriminación basada en el origen. A los efectos de determinar si se había concedido una ventaja inmediata e incondicionalmente a otros Miembros de la OMC y no a China, el Grupo Especial presupuso que los productos en cuestión son similares a los originarios de otros Miembros de la OMC⁵². Ningún otro país había sido objeto de la prohibición del uso de fondos para el proceso de la certificación sanitaria, que el artículo 727 impuso a China. Por consiguiente, esa norma discriminaba a China con respecto a otros Miembros de la OMC al negarle la ventaja de poder exportar a los Estados Unidos. Este trato discriminatorio significó que los Estados Unidos no estaban concediendo “inmediata e incondicionalmente” dicha ventaja. Por lo tanto, el artículo 727 era inconsistente con el artículo I:1 del GATT de 1994⁵³.

El artículo 727 prohibía al FSIS utilizar los fondos asignados para “establecer” o “aplicar” una norma que permita la importación de los productos de aves de corral procedentes de China. Esta restricción a la utilización de fondos tuvo el efecto de prohibir la importación de productos de aves de corral procedentes de China porque, sin el establecimiento o aplicación de una norma, la entrada en el mercado estadounidense de productos de aves de corral chinos está prohibida. Por consiguiente, el artículo 727 actuó como una prohibición de la importación en los Estados Unidos de productos de aves de corral procedentes de China. Es por eso que fue incompatible con el artículo XI:1 del GATT de 1994⁵⁴.

En el análisis del artículo XX(b) del GATT de 1994, la cuestión fue si era posible justificar el artículo 727 como una medida necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y los animales frente al riesgo que plantea la importación de productos de aves de corral provenientes de China, cuando la medida era incompatible con diversas disposiciones del Acuerdo MSF⁵⁵. Entonces, el Grupo Especial se enfrentó a la cuestión de la relación entre el artículo XX(b) del GATT de 1994 y el Acuerdo MSF. Después de analizar esta relación a la luz de las reglas de interpretación de los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena, y analizar los términos del Acuerdo MSF que utilizan el lenguaje del artículo XX(b) y el preámbulo del artículo XX, el Grupo Especial concluyó “que el Acuerdo MSF detalla y, por consiguiente, explica más detenidamente las disposiciones del artículo XX(b) cuando se trata de medidas sanitarias o fitosanitarias”⁵⁶. El Grupo Especial así concluyó que una MSF, cuya incompatibilidad con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF se ha constatado, no puede justificarse de conformidad con el artículo XX(b) del GATT de 1994⁵⁷.

5. Conclusión

El Grupo Especial en *Estados Unidos — Aves de corral (China)* es el tercer grupo especial que ha estudiado a fondo la definición de medida sanitaria o fitosanitaria. Es el segundo que no estuvo de acuerdo con el análisis del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE — Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*. Sin embargo, discrepó de la interpretación del Grupo Especial en la disputa *CE — Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* de manera distinta a la del Grupo Especial en el caso *Australia — Manzanas*. Por lo tanto, cada uno

⁵¹ *Ibidem*, párrafo 7.417.

⁵² *Ibidem*, párrafos 7.429—7.432.

⁵³ *Ibidem*, párrafos 7.440—7.441.

⁵⁴ *Ibidem*, párrafos 7.456—7.457.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 7.460.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 7.479.

⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 7.481.

de estos tres grupos especiales ha hecho un análisis distinto de la definición de medida sanitaria o fitosanitaria.

El informe del Grupo Especial en el asunto *Australia — Manzanas* fue apelado. Australia alegó que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de la definición de “medida sanitaria o fitosanitaria” que figura en el párrafo 1 del Anexo A⁵⁸. El Órgano de Apelación interpretó esta disposición de la siguiente manera. La lista de instrumentos jurídicos en la última frase del párrafo 1 del Anexo A (“leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos”) es una lista de ejemplos de medidas que pueden estar comprendidas en la definición de MSF, siempre que la medida tenga una relación clara y objetiva con al menos uno de los objetivos establecidos en los apartados a) a d). Medidas de un tipo no incluido expresamente en la lista pueden encuadrar en ella si son “aplicadas” con un objetivo que se corresponda con uno de los enumerados en los apartados a) a d). Sin embargo, el hecho de que un instrumento sea de un tipo enumerado en la última frase del párrafo 1 del Anexo A no basta, en sí mismo, para incluirlo en el alcance del Acuerdo MSF⁵⁹.

El Grupo Especial en *Estados Unidos — Aves de corral (China)* es el primer grupo especial que ha enfrentado la cuestión de si se puede invocar el artículo XX(b) del GATT de 1994 para justificar una violación del Acuerdo MSF. Éste concluyó que una MSF, cuya incompatibilidad con los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF se ha constatado, no puede justificarse de conformidad con el artículo XX(b) del GATT de 1994. Entonces, no aclaró si sería posible invocar el artículo XX(b) del GATT de 1994 para justificar una violación de otras disposiciones del Acuerdo MSF cuando no haya incompatibilidad con los artículos 2 y 5. Sin embargo, el Grupo Especial también concluyó que no existe una presunción de compatibilidad con el Acuerdo MSF para medidas que son compatibles con el artículo XX(b) del GATT de 1994. No quedó muy claro cuál sería la implicación de esta conclusión para la relación entre el artículo XX(b) del GATT de 1994 y el Acuerdo MSF.

⁵⁸ Notificación de la apelación de Australia, WT/DS367/13, 3 de septiembre de 2010.

⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Australia — Manzanas*, WT/DS367/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2010, párrafos 175-176.