ANEXO B
COMUNICACIONES DE CHINA

ÍNDICE		PÁGINA
Anexo B-1	Resumen de la Primera comunicación escrita de China	B-2
Anexo B-2	Resumen de la declaración oral de China en la primera reunión sustantiva	B-18
Anexo B-3	Declaración oral final de China en la primera reunión sustantiva	B-23
Anexo B-4	Resumen de la comunicación de réplica de China	B-26
Anexo B-5	Resumen de la declaración oral de China en la segunda reunión sustantiva	B-44
Anexo B-6	Declaración oral final de China en la segunda reunión sustantiva	B-50

ANEXO B-1

RESUMEN DE LA PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DE CHINA

I. INTRODUCCIÓN

1. Los Estados Unidos no han satisfecho ni remotamente su obligación de demostrar que China está incumpliendo las obligaciones que le corresponden en virtud del *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* ("Acuerdo sobre los ADPIC"). En su Primera comunicación escrita, los Estados Unidos siempre han caracterizado erróneamente la legislación y la práctica de China. También han tratado de ampliar de manera significativa el alcance de las obligaciones de los Miembros en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC; y han hecho caso omiso incluso del primer párrafo del Acuerdo: "Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos."

2. En su *primera alegación* (sección IV de la comunicación de los Estados Unidos), los Estados Unidos no han logrado demostrar que la ley penal china es incompatible con las obligaciones que corresponden a China en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. El argumento de los Estados Unidos se basa en una formulación del artículo 61 del Acuerdo que fue expresamente rechazada cuando éste se negoció. Contrariamente a lo que alegan los Estados Unidos, China cumple fielmente las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC estableciendo procedimientos y sanciones penales por falsificación dolosa y piratería que son adecuadas en el contexto comercial y la estructura jurídica de China.

3. En su *segunda alegación* (sección V de la comunicación de los Estados Unidos), los Estados Unidos exponen mal las obligaciones que corresponden a China en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, describen erróneamente las prácticas aduaneras chinas y, por tanto, no han logrado demostrar que la Aduana china trata las mercancías infractoras decomisadas de manera incompatible con el artículo 59 del Acuerdo sobre los ADPIC.

4. En su *tercera alegación* (sección VI de la comunicación de los Estados Unidos), el argumento de los Estados Unidos se basa en errores fundamentales de comprensión de la Ley de Derecho de Autor china. La principal preocupación de los Estados Unidos en su tercera alegación -y su malentendido básico- es que las leyes de China no proporcionan una protección automática e inmediata del derecho de autor. La alegación de los Estados Unidos se derrumba cuando ese error se corrige.

5. Además, en relación con su tercera alegación, los Estados Unidos no han acreditado una presunción *prima facie* por lo que respecta a sus alegatos relativos al artículo 3 (trato nacional) y el artículo 14 (derechos conexos) del Acuerdo sobre los ADPIC.

II. LOS UMBRALES PENALES ESTABLECIDOS POR CHINA SON COMPATIBLES CON LAS OBLIGACIONES QUE LE CORRESPONDEN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 61 Y EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 41 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

A. EL RÉGIMEN CHINO PARA LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

6. China ha establecido tres regímenes jurídicos para la observancia de los derechos de propiedad intelectual: penal, administrativo y civil. En sus esfuerzos de lucha contra la falsificación y la piratería, China aplica los tres regímenes. Se aplican medidas penales contra la falsificación y la piratería cuando esos actos tienen lugar a una escala suficiente para exceder de los umbrales establecidos por China para la adopción de medidas penales, y China también toma medidas

gubernamentales contra esas actividades en aplicación de su sistema de observancia a nivel administrativo. Junto con esas dos formas de actuación gubernamental, China proporciona medios civiles de observancia de los derechos de propiedad intelectual a los titulares de esos derechos.

1. China ha establecido sanciones penales por falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio y piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial

7. China presenta una descripción detallada de su régimen penal en el ámbito de la propiedad intelectual. Explica cada una de las leyes penales que afectan a las infracciones de la propiedad intelectual, los umbrales de actividad específicos que activan la imposición de sanciones penales en virtud de cada una de esas leyes, y el cálculo de esos umbrales. China explica también que pueden imponerse sanciones penales en casos de productos no acabados o de indicios de infracción a escala comercial, y añade que la legislación china permite a los particulares iniciar acciones penales.

8. Al describir este régimen jurídico, China trata de abordar y corregir las numerosas declaraciones falsas y descripciones erróneas de los Estados Unidos. Al describir la legislación penal china, los Estados Unidos han representado indebidamente el alcance del umbral del "volumen de las actividades comerciales ilegales" establecido por China para las actividades criminales, pasando por alto que las autoridades chinas incluyen pruebas de la existencia de mercancías infractoras en otros almacenes, en transporte y ya vendidas. Los Estados Unidos no han tenido en cuenta el cálculo cumulativo de los umbrales penales establecidos por China a lo largo de muchos años de actividad criminal. Han hecho caso omiso del carácter alternativo de los umbrales con arreglo a varias leyes chinas, que significa que la infracción activa medidas penales para la observancia si se alcanza cualquiera de los umbrales penales. Por último, los Estados Unidos han alegado erróneamente que China no puede aplicar sanciones penales sobre la base de productos no acabados y de indicios de infracción, cuando es evidente que la legislación china dispone lo contrario.

2. China aplica un régimen de observancia administrativa que tiene importantes efectos disuasorios por lo que respecta a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual por debajo de los umbrales penales

9. China describe el régimen gubernamental de observancia administrativa que se aplica por separado de la ley penal y no está sujeto a los umbrales mínimos de la ley penal. El sistema de observancia administrativa de China es una característica especial de la estructura jurídica de China que no tiene paralelo en la mayoría de los sistemas occidentales, incluido el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos. Contrariamente a la afirmación de los Estados Unidos de que los umbrales establecidos en la ley penal china crean "un refugio seguro" para infracciones de los derechos de propiedad intelectual de bajo nivel, lo cierto es que China aplica un sistema de observancia gestionado por el Gobierno al que están sujetas las infracciones a cualquier escala. Los infractores de derechos de propiedad intelectual de bajo nivel no exentos de la aplicación de las medidas de observancia gestionadas por el Gobierno en China.

3. Las afirmaciones de los Estados Unidos sobre las tendencias de la infracción carecen de fundamento

10. China aborda la alegación de los Estados Unidos de que una gran proporción de casos de infracción de derechos de autor cae por debajo de los umbrales numéricos, y de que los infractores redujeron su volumen de copias para evitar la responsabilidad penal cuando los umbrales penales se rebajaron. La serie de datos en la que los Estados Unidos se apoyan proviene de redadas administrativas realizadas a solicitud de los propios titulares de los derechos; su importancia probatoria no está clara, y en cualquier caso los datos no respaldan las afirmaciones de los Estados Unidos sobre tendencias estadísticas.

B. SOBRE LOS ESTADOS UNIDOS RECAE UNA OBLIGACIÓN PROBATORIA ESPECIALMENTE ESTRICTA POR LO QUE RESPECTA SU ALEGACIÓN DE QUE CHINA NO CUMPLE LAS OBLIGACIONES QUE LE CORRESPONDEN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 61

11. Incumbe a los Estados Unidos, en cuanto que parte reclamante, la obligación de demostrar su alegación de que el régimen de observancia penal de China no satisface la obligación articulada en el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, en este caso concreto recae sobre los Estados Unidos una obligación probatoria significativamente mayor que la que sería normal. Ello es así porque los Estados Unidos están presentando una alegación -que los signatarios del Acuerdo sobre los ADPIC tienen que promulgar leyes penales que satisfagan normas internacionales muy específicas- que obra decisivamente en contra de la tradición y las normas del derecho internacional.

12. Las organizaciones internacionales otorgan gran deferencia a las autoridades nacionales en cuestiones de derecho penal. Un examen del derecho internacional demuestra que tradicionalmente los Estados han considerado que el derecho penal es dominio exclusivo de la jurisdicción soberana; cuando los gobiernos soberanos han contraído compromisos internacionales en materia de derecho penal, esos compromisos conceden amplias facultades a los gobiernos por lo que respecta a la aplicación; y los tribunales internacionales se han mostrado muy renuentes a imponer normas penales específicas a los Estados.

13. A la luz de las normas generalmente aceptadas de derecho internacional, los Estados Unidos no tienen que demostrar únicamente que la interpretación de la obligación establecida en el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC que proponen es correcta con arreglo a las normas habituales. Deben también convencer a este Grupo Especial de que las partes en el citado Acuerdo aceptaron una obligación de reformar su derecho penal tan específica que constituye una acusada desviación de la práctica de cada país en uno de cada dos foros internacionales relacionados con las leyes penales nacionales.

C. EL ARTÍCULO 61 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC REQUIERE QUE LOS MIEMBROS ESTABLEZCAN UMBRALES PENALES PARA LA FALSIFICACIÓN Y LA PIRATERÍA SOBRE LA BASE DE UN SENTIDO AMPLIO Y DISCRECIONAL DE LOS TÉRMINOS "ESCALA COMERCIAL"

14. El artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC estipula que: "los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial". El meollo de la diferencia entre los Estados Unidos y China es el sentido y el alcance de los términos "escala comercial". Los Estados Unidos proponen una definición que es incompatible con el sentido corriente y que fue expresamente rechazada por los negociadores del Acuerdo.

15. La obligación establecida en el artículo 61 es que los Miembros impongan sanciones penales por infracciones dolosas que entrañen una magnitud significativa de actividad, según proceda en el contexto comercial y las estructuras jurídicas del Miembro. China cumple esa obligación.

1. El sentido corriente de "escala comercial" no es el de cualquier escala de actividad emprendida con ánimo de lucro

16. Los Estados Unidos presentan una definición muy viciada de los términos "escala comercial". Aducen que el sentido corriente de "escala comercial" puede deducirse combinando el sentido corriente de "comercial" ("interesado en rendimiento financiero") y "escala" ("magnitud, medida o grado"). Con arreglo a esa síntesis, alegan los Estados Unidos, los términos "escala comercial" tienen dos sentidos distintos y captarían dos clases de actividad: primero, cualquier actividad que tenga por finalidad el rendimiento financiero (es decir, la venta de un solo artículo por 1 céntimo de dólar EE.UU. constituiría una actividad a escala comercial). Segundo, también captaría actividades,

"cualquiera que sea su motivo o finalidad" que, "tengan alcance o magnitud suficiente para ser de 'escala comercial' en el mercado respectivo".

17. La interpretación propugnada por los Estados Unidos es incompatible con el sentido corriente del artículo 61. Infringe el principio en virtud del cual el artículo 61 debe interpretarse de manera que se atribuya un efecto pleno a todas las palabras que figuran en él. La definición de los Estados Unidos también da por sentado erróneamente que el sentido de las palabras "escala comercial" no es nada más que la suma de "comercial" y "escala".

18. De hecho, un examen cuidadoso del uso común de esas palabras demuestra que por "escala comercial" se entiende una magnitud significativa de actividad infractora. El Comité de Expertos sobre medidas de lucha contra la falsificación y la piratería de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual estableció en febrero de 1988 una definición de "escala comercial" que aclaró sobradamente que se pretendía que esas palabras representaran una norma amplia y flexible, y que estaban destinadas a abarcar algo más que simplemente la "voluntad de obtener un beneficio". Otros usos de "escala comercial" en documentos del GATT y del propio Gobierno de los Estados Unidos respaldan esta interpretación de esos términos.

2. El contexto del artículo 61 demuestra que los Miembros nunca quisieron obligarse a establecer normas específicas y concretas en el derecho penal nacional

19. Con arreglo a la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* ("Convención de Viena"), el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC debe interpretarse de conformidad con su contexto. A ese respecto merecen consideración varios elementos.

20. En primer lugar, el Acuerdo sobre los ADPIC no define lo que constituye una infracción sustantiva. Cuando la definición tanto del alcance de los derechos como del acto que constituye infracción queda al arbitrio de cada país, establecer un umbral específico y concreto en virtud del cual ese acto no definido debe constituir un delito trasciende cualquier interpretación razonable. Como mínimo, tiene que haber pruebas claras de que las partes llegaron a un acuerdo sobre una estructura tan extraña. No hay pruebas claras al respecto.

21. En segundo lugar, la falta de especificidad del texto del artículo 61 contrasta vivamente con las disposiciones específicas establecidas en los artículos 42 a 48, inclusive, del Acuerdo sobre los ADPIC. También contrasta con las disposiciones específicas establecidas en el *Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT* y el *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias*. Cuando las partes negociadoras quisieron imponer obligaciones detalladas y concretas, plasmaron esa exigencia de especificidad en términos claros.

22. Por último, el artículo 61 debe interpretarse en el contexto del párrafo 1 del artículo 1, donde se exponen la "naturaleza y alcance de las obligaciones" para todo el Acuerdo; y el párrafo 5 del artículo 41, en el que se establecen las "obligaciones generales" para la "observancia de los derechos de propiedad intelectual" en la Parte III del Acuerdo. El párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 5 del artículo 41 demuestran que los Miembros se negaron a aceptar el Acuerdo sobre los ADPIC como un acuerdo que los obligaría a armonizar sus ordenamientos jurídicos. Por el contrario, insistieron en su derecho a procurar la observancia de conformidad con sus propias tradiciones jurídicas y con sujeción al contexto específico -como las limitaciones de los recursos para la observancia- de sus respectivas circunstancias. Esos artículos ponen de manifiesto no sólo que el artículo 61 debe interpretarse ampliamente, sino también que los términos "escala comercial" eran deliberadamente vagos -y se dejaron sin definir- precisamente porque un gran número de Miembros jamás habría aceptado una obligación más específica e intrusiva.

3. La definición propuesta por los Estados Unidos es incompatible con el objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC

23. La Convención de Viena dispone que los tratados deben interpretarse "a la luz de su objeto y fin". El objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC, claramente expuesto en el preámbulo del Acuerdo, es fomentar el comercio internacional mediante la protección de la propiedad intelectual en el marco de las disposiciones jurídicas y las limitaciones de recursos de los Miembros. El objeto y fin ponen de manifiesto que el artículo 61 del Acuerdo no debe interpretarse en el sentido de que requiere la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Miembros o el desprecio de los intereses de los Miembros cuando éstos elaboran medidas penales que reflejan sus propias normas jurídicas e intereses públicos.

4. La actuación ulterior de los Miembros -incluidos los Estados Unidos- revela que entendieron que los términos "escala comercial" sólo imponían un criterio amplio y elevado

24. Los Miembros se han abstenido reiteradamente de interpretar que "escala comercial" significa cualquier actividad emprendida con fines comerciales. La experiencia del Gobierno del Canadá y de las Comunidades Europeas demuestra que no entienden que "escala comercial" abarca cualquier actividad emprendida con fines comerciales.

25. En sus posteriores acuerdos bilaterales de libre comercio, los Estados Unidos siempre han procurado definir cuidadosamente los términos "escala comercial" de manera que abarquen cualquier actividad con fines de lucro. No habría motivos para negociar esa definición con países que ya están sujetos a las obligaciones ADPIC si esos términos ya tuvieran ese sentido en el Acuerdo sobre los ADPIC. Por el contrario, la insistencia de los Estados Unidos en establecer una definición más estricta en el contexto bilateral pone de relieve que "escala comercial", tal como figura en el Acuerdo, es un concepto amplio que en buena medida queda al arbitrio de los países. Equivale a reconocer que en las negociaciones sobre el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC los Estados Unidos no lograron que se estableciera la obligación que pese a ello ahora tratan de imponer aquí.

5. Los antecedentes de negociación demuestran que las partes entendieron que los términos "escala comercial" representaban un criterio amplio que alude a una actividad infractora significativa

26. Los antecedentes de negociación del Acuerdo sobre los ADPIC demuestran de manera convincente que el criterio de la "escala comercial" se propuso y adoptó como clara alternativa a la formulación ahora propuesta por los Estados Unidos. Se entendió que el criterio real en el marco del Acuerdo era amplio y flexible, y también que apuntaba a la falsificación y la piratería a escala significativa. Las partes negociadoras examinaron y rechazaron reiteradamente la formulación según la cual las sanciones penales son aplicables a cualquier caso de falsificación o piratería encaminado a obtener ganancias comerciales.

D. CHINA HA CUMPLIDO LA OBLIGACIÓN QUE LE IMPONE EL ARTÍCULO 61 DE APLICAR MEDIDAS PENALES POR FALSIFICACIÓN DOLOSA Y PIRATERÍA A ESCALA COMERCIAL

27. El criterio de la "escala comercial" establecido en el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC es un criterio amplio, sujeto al arbitrio nacional y a las condiciones locales. El Grupo Especial, al examinar si China ha cumplido su obligación, deberá determinar si los umbrales penales aplicados en virtud de la legislación china están comprendidos en el sentido legítimo de la expresión "escala comercial" y en el alcance legítimo de las facultades soberanas. Dadas la amplia naturaleza del criterio de la "escala comercial" y la importancia de la deferencia a las facultades discrecionales nacionales, China propone respetuosamente que el Grupo Especial determine si la legislación china

impone sanciones penales por infracción dolosa que conlleve una magnitud significativa de actividad y que es adecuada en el contexto comercial y las estructuras jurídicas de China. China impone sanciones penales por actividades infractoras que superen los umbrales establecidos en su legislación. Esto somete dos cuestiones a la consideración del Grupo Especial: si los umbrales son adecuados dentro de la estructura de la legislación china, y si los umbrales son razonables en el contexto del comercio en China.

1. El Grupo Especial debe concluir que los umbrales penales establecidos por China son adecuados a la luz de la estructura de la legislación penal de China

28. China aplica umbrales para una serie de delitos comerciales de manera que reflejan las prioridades y la asignación de los recursos judiciales, fiscales y para la observancia de la ley penal. De conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 61 y de los derechos que le confiere el párrafo 5 del artículo 41, China ha establecido medidas penales por infracción de los derechos de propiedad intelectual que son proporcionales a las aplicables a otros delitos comerciales.

29. Los Estados Unidos pretenden que China trastoque todo su régimen de derecho penal. Pretenden que China prácticamente elimine los umbrales -con arreglo a la formulación de las "ganancias financieras" de los Estados Unidos, el umbral sería de 1 RMB- y por consiguiente cree un régimen de observancia del derecho penal inviable y dé a la aplicación de sanciones penales por delitos contra la propiedad intelectual prioridad sobre la persecución de otros delitos extremadamente graves, como la falsificación de moneda y el soborno. Esto constituiría una imprudente desviación de la norma de deferencia a la legislación nacional y el respeto a la asignación de recursos para la aplicación de sanciones previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC.

30. China ha actuado de buena fe para cumplir las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 61. Los umbrales penales que aplica para la falsificación y la piratería son razonables y adecuados en el contexto de su estructura jurídica y las demás leyes aplicables a los delitos comerciales.

2. Los umbrales penales establecidos por China son adecuados a la luz de la escala del comercio en China

31. Los umbrales penales son razonables no sólo en términos de la estructura jurídica de China, sino también en términos de la escala del comercio en China, un punto de referencia razonable para calcular los umbrales de lo que constituye "escala comercial" en un Miembro. A la luz del sentido de los términos "escala comercial" en el Acuerdo sobre los ADPIC, es adecuado que un Miembro establezca umbrales relacionados con los indicadores de una empresa comercial sostenible.

32. China ha establecido un umbral del volumen de las actividades comerciales ilegales -que sólo es uno entre varios umbrales penales alternativos- que está significativamente por debajo del nivel al que incluso las empresas comerciales más pequeñas operan en China. China no ha escogido sus umbrales penales para reducir al mínimo sus obligaciones en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, sino porque con arreglo a su decisión soberana esos umbrales son los que mejor captan el nivel al que la infracción de los derechos de propiedad intelectual pone en peligro el orden público y justifica la aplicación de sanciones penales.

3. El Grupo Especial no debe tener en cuenta las nuevas obligaciones que los Estados Unidos tratan de imponer a China

33. Al evaluar si China ha cumplido las obligaciones de establecer leyes penales adecuadas que legítimamente le corresponden, el Grupo Especial no debe tener en cuenta las obligaciones no fundamentadas que los Estados Unidos tratan de imponer a China. En primer lugar, China no está

obligada a tener en cuenta la repercusión comercial de la infracción. Con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC es obligatorio aplicar sanciones penales si la actividad infractora tiene lugar a escala comercial, no si la repercusión de la actividad infractora alcanza una escala comercial.

34. En segundo lugar, China no está obligada a modificar o a hacer menos estrictas sus normas relativas a las pruebas. Los Estados Unidos aducen que como las autoridades chinas pueden no disponer siempre de determinadas pruebas de infracción -como el volumen de las mercancías depositadas en almacenes o ya vendidas-, los umbrales penales son demasiado altos. De hecho, China cumple cabalmente las obligaciones que le impone el Acuerdo sobre los ADPIC estableciendo un criterio razonable de "escala comercial" para la aplicación de los procedimientos y sanciones penales. El Acuerdo impone una obligación jurídica sustantiva, y China la cumple. Los procedimientos relativos a las pruebas aplicados por China para determinar si determinadas infracciones alcanzan esa escala comercial no son jurídicamente pertinentes.

E. CHINA CUMPLE LAS OBLIGACIONES QUE LE IMPONEN LA SEGUNDA FRASE DEL ARTÍCULO 61 Y EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 41 DE ESTABLECER PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS CONFORME A LO DISPUESTO EN LA PRIMERA FRASE DEL ARTÍCULO 61

35. Los Estados Unidos aducen que China también infringe la segunda frase del artículo 61 y el párrafo 1 del artículo 41. Sin embargo, esas dos disposiciones están supeditadas a lo dispuesto en la primera frase del artículo 61. Salvo que puedan demostrar que China incumple las obligaciones que le corresponden en virtud de la primera frase del artículo 61, los Estados Unidos no podrán demostrar que China también incumple las que le corresponden en virtud de la segunda frase del artículo 61 y el párrafo 1 del artículo 41. Al no haber conseguido lo primero, los Estados Unidos tampoco consiguen lo segundo.

III. LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR CHINA PARA LA ELIMINACIÓN DE LAS MERCANCÍAS INFRACTORAS DECOMISADAS POR LA ADUANA SON COMPATIBLES CON LAS OBLIGACIONES QUE LE CORRESPONDEN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 59 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

36. En su segunda alegación, los Estados Unidos sostienen que la estructura jurídica de la Aduana china para tratar las mercancías infractoras decomisadas es incompatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. Concretamente, aducen que la Aduana china no está facultada para ordenar que las mercancías infractoras sean apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho ("facultades de eliminación") o para ordenar la destrucción de esas mercancías ("facultades de destrucción"). El argumento de los Estados Unidos se basa parcialmente en una descripción errónea de la legislación china que regula la eliminación de las mercancías infractoras, y parcialmente en la falsa premisa de que la Aduana china no está facultada para destruir las mercancías infractoras si la destrucción no es el método de eliminación preferido por el Gobierno.

37. China cumple plenamente las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC: la Aduana china tiene las facultades de eliminación requeridas, como refleja su autoridad tanto para permitir la donación de las mercancías infractoras a organizaciones de bienestar social como para permitir la venta de esas mercancías a los titulares de los derechos. La Aduana china también tiene facultades de destrucción, como evidencian sus poderes discrecionales para determinar si las mercancías infractoras reúnen las condiciones exigibles para la destrucción. China observa que si bien el Acuerdo sobre los ADPIC obliga a la Aduana china a disponer de las facultades de eliminación adecuadas, no obliga a la Aduana china a tratar las mercancías infractoras únicamente por los medios contemplados en el Acuerdo.

A. ELIMINACIÓN DE LAS MERCANCÍAS INFRACTORAS POR LA ADUANA CHINA

38. China presenta descripciones detalladas de los cuatro métodos de eliminación alternativos a los que con arreglo a la legislación china puede recurrir la Administración General de Aduanas de la República Popular China ("Aduana"). En primer lugar, la Aduana está facultada para donar las mercancías infractoras a organizaciones de bienestar social, si determina que las mercancías son adecuadas a esos fines y no plantean riesgos para la salud o la seguridad; la Aduana está jurídicamente obligada a asegurarse de que las mercancías son utilizadas exclusivamente por organizaciones de bienestar social y para fines de bienestar social. En segundo lugar, la Aduana está facultada para proceder a la venta voluntaria de las mercancías infractoras a los titulares de los derechos. Éstos pueden optar por adquirir las mercancías infractoras cuando, por ejemplo, se determina que éstas son excedentes producidos ilegalmente por un fabricante autorizado, y son por tanto idénticas a las mercancías autorizadas. En tercer lugar, la Aduana está facultada para subastar públicamente las mercancías infractoras si ha decidido que los dos primeros métodos de eliminación no son viables y si también ha recabado oficialmente observaciones de los titulares de los derechos, determinado que las mercancías no plantean riesgos para la salud o la seguridad, concluido que la subasta es eficaz en función del costo y eliminado todas las características infractoras. Por último, la Aduana está facultada para destruir las mercancías infractoras si ha determinado que los otros métodos de eliminación no son viables.

B. CHINA CUMPLE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 59 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC PORQUE OTORGA FACULTADES TANTO PARA LA ELIMINACIÓN COMO PARA LA DESTRUCCIÓN

39. El artículo 59 del Acuerdo sobre los ADPIC (que se remite a la primera frase del artículo 46) requiere que la Aduana esté facultada para ordenar que las mercancías infractoras sean "apartadas de los circuitos comerciales de manera que se evite causar daños al titular del derecho, o ... destruidas".

40. El artículo 59 no requiere que China limite los métodos de eliminación de la Aduana al apartamiento de los circuitos comerciales y la destrucción. La Aduana tiene que estar facultada para recurrir a esos dos métodos, pero el artículo 59 no impone la obligación de ejercer únicamente esas facultades. La norma para el cumplimiento del artículo 59 es que, en primer lugar, la Aduana esté facultada para eliminar las mercancías infractoras apartándolas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho, y, en segundo lugar, que la Aduana esté facultada para destruir las mercancías infractoras. La Aduana de China, contrariamente a lo que alegan los Estados Unidos, está facultada tanto para eliminar como para destruir.

1. La Aduana de China está facultada para eliminar las mercancías infractoras apartándolas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho

41. La Aduana china está facultada para ordenar que las mercancías infractoras sean "apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho" en virtud de sus facultades para vender las mercancías infractoras a los titulares de los derechos, y además, independientemente, en virtud de sus facultades para donar las mercancías infractoras a organizaciones de bienestar social. En ambos casos la Aduana está facultada para eliminar las mercancías infractoras apartándolas del mercado abierto al tiempo que se tienen debidamente en cuenta los intereses de los titulares de los derechos.

2. La Aduana china está facultada para destruir las mercancías infractoras

42. La Aduana china está facultada para ordenar la destrucción de las mercancías infractoras como se dispone en el artículo 46 del Acuerdo sobre los ADPIC, al que se remite el artículo 59. La legislación china establece criterios para la eliminación de las mercancías infractoras por la Aduana. Esos criterios reflejan una preferencia oficial por el uso de otros métodos de eliminación, pero la

Aduana está jurídicamente facultada para determinar si esos criterios se satisfacen y, en consecuencia, qué método de eliminación es el adecuado.

43. Tanto la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos como la práctica de los Estados Unidos y otros Miembros revelan claramente que nunca se quiso que las "facultades" fueran absolutas e incondicionales. La secuencia de métodos de eliminación, combinada con las facultades discrecionales de la Aduana para determinar si se han satisfecho los criterios pertinentes, es compatible con el otorgamiento de facultades de destrucción.

44. De hecho, entre 2005 y 2007 la Aduana optó por destruir mercancías infractoras que representaban un 58 por ciento del valor total de dichas mercancías. Esto es una prueba que demuestra que la supuesta jerarquía de opciones de eliminación no obstaculiza la capacidad de la Aduana para ordenar la destrucción de las mercancías infractoras.

C. LA UTILIZACIÓN POR LA ADUANA CHINA DE SUBASTAS PÚBLICAS ES PLENAMENTE COMPATIBLE CON LAS OBLIGACIONES QUE LE CORRESPONDEN EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

45. Los Estados Unidos alegan que la subasta pública por la Aduana china de las mercancías infractoras infringe el artículo 59. Aunque el artículo 59 del Acuerdo sobre los ADPIC requiere que la Aduana tenga tanto facultades de eliminación como facultades de destrucción, no limita su actuación a esos dos métodos de eliminación. El Acuerdo no prohíbe el uso de subastas públicas. Además, en la práctica, la Aduana rara vez recurre a la subasta pública. Ese método de eliminación sólo representa un 2 por ciento del valor total de las mercancías infractoras.

1. El artículo 59 del Acuerdo sobre los ADPIC no obliga a los Miembros a limitar la eliminación de las mercancías infractoras a su apartamiento de los circuitos comerciales o la destrucción

46. El sentido corriente de la palabra "facultadas", así como la práctica de los Miembros sobre la eliminación de las mercancías infractoras y los antecedentes de negociación del artículo 59, ponen de manifiesto que si bien los Miembros tienen que otorgar a sus organismos aduaneros tanto facultades de eliminación como facultades de destrucción, en modo alguno están obligados a limitar la actuación de esos organismos al apartamiento de las mercancías de los circuitos comerciales y la destrucción. Las facultades de la Aduana para vender en subasta pública las mercancías infractoras son totalmente compatibles con el artículo 59.

2. La subasta pública es compatible con los principios rectores de los artículos 46 y 59

47. Los dos principios enunciados en el artículo 46 (y, por tanto, en el artículo 59) son "establecer un medio eficaz de disuasión de las infracciones" y "que se evite causar daños al titular del derecho". La subasta pública es compatible con ambos principios. En primer lugar, los infractores cuyas mercancías son subastadas quedan exactamente en la misma posición que si las mercancías se hubieran destruido: en ambos casos pierden las mercancías sin compensación alguna. Además, el uso por la Aduana de un precio de reserva en la subasta garantiza que los infractores no tengan la oportunidad de comprar las mercancías decomisadas en la subasta pública a un costo irrazonablemente bajo y utilizar esas mercancías en provecho de sus actividades de falsificación. En segundo lugar, los titulares de los derechos tienen un derecho formal y legal a formular observaciones antes de cualquier subasta pública; ese procedimiento ayuda a la Aduana a determinar que una mercancía no es adecuada para la subasta pública, y contribuye así a evitar que se cause daños a los titulares de los derechos.

D. CHINA CUMPLE TODAS LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS RELACIONADAS CON LA CUARTA FRASE DEL ARTÍCULO 46 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

48. Los Estados Unidos sostienen que China también infringe el Acuerdo sobre los ADPIC porque el recurso de la Aduana a las subastas públicas -uno de los cuatro métodos de eliminación disponibles- "es incompatible con el principio establecido en la cuarta frase del artículo 46". Aunque aparentemente los Estados Unidos presentan dos versiones distintas de ese argumento, ninguna de ellas es creíble.

49. Si lo que los Estados Unidos aducen, como hacen en la "Introducción" de su Primera comunicación escrita, es que la cuarta frase del artículo 46 significa que la Aduana tiene que estar facultada para mantener las mercancías infractoras fuera de los circuitos comerciales, las anteriores secciones demuestran que la Aduana está facultada para hacerlo.

50. Si lo que los Estados Unidos aducen es que la cuarta frase del artículo 46 prohíbe que las mercancías infractoras de marcas de fábrica o de comercio retornen a los circuitos comerciales, no han demostrado que la cuarta frase del artículo 46 está incorporada al artículo 59 (y que en consecuencia impone una obligación a la Aduana), y tampoco que la Aduana ha infringido la obligación enunciada en la primera frase del artículo 46.

1. La cuarta frase del artículo 46 no está incorporada al artículo 59 y, en consecuencia, no es aplicable a la Aduana china

51. El texto del Acuerdo sobre los ADPIC sugiere que la cuarta frase del artículo 46 no es aplicable al artículo 59. Las partes en el Acuerdo examinaron el trato por las autoridades aduaneras de las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y lo regularon concretamente en el artículo 59. Si las partes hubieran querido establecer otras obligaciones las habrían enumerado allí.

2. Si la cuarta frase del artículo 46 está incorporada al artículo 59 y no impone una obligación independiente, China está cumpliendo

52. Aunque se interpretara indebidamente que la cuarta frase del artículo 46 establece una obligación independiente para las autoridades aduaneras, la Aduana china estaría cumpliendo esa obligación.

53. En primer lugar, la Aduana china está obligada a retirar todas las características infractoras, no sólo las marcas de fábrica o de comercio, de las mercancías decomisadas. En segundo lugar, además de retirar la marca de fábrica o de comercio, la Aduana tiene que recabar formalmente observaciones del titular del derecho. Las observaciones formales constituyen una etapa significativa que permite a los titulares del derecho identificar preocupaciones específicas -como amenazas para la seguridad planteadas por las mercancías o la presencia de características de diseño de dominio privado que no pueden retirarse- y permite a la Aduana determinar que la subasta pública no es adecuada. La Aduana está jurídicamente facultada para rechazar el recurso a la subasta pública después de consultar a los titulares de los derechos.

IV. LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR CHINA PARA LA PROTECCIÓN Y OBSERVANCIA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS SON COMPATIBLES CON LAS OBLIGACIONES QUE LE CORRESPONDEN EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

A. ASPECTOS GENERALES

54. China mantiene procesos gubernamentales de examen y aprobación por lo que respecta a la publicación y distribución en China de diversas obras, incluidas las películas y los DVD. En términos generales, una obra sujeta a esos procesos sólo puede publicarse o distribuirse si se obtiene la autorización necesaria. Los Estados Unidos no se oponen a la existencia de esos procesos, ni podrían hacerlo. Ese derecho soberano es un poder inherente y reservado -reconocido por el derecho internacional, como se indica en el artículo 17 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas ("Convenio de Berna"), y expresamente incorporado a la estructura de la OMC mediante el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.

55. La tercera alegación de los Estados Unidos, que atañe a esos mecanismos, se basa en una descripción fundamentalmente errónea de la legislación china.

56. En primer lugar, la alegación de los Estados Unidos se basa, en su inmensa mayoría, en la afirmación errónea de que las obras que no han completado el proceso de examen gubernamental del contenido, incluidas las obras aún no sometidas a examen y las obras en espera de examen, no disfrutaban de la protección del derecho de autor. No se les deniega la protección del derecho de autor. La ley china protege el derecho de autor desde el momento en que se crea una obra. El artículo 2 de la Ley de Derecho de Autor de la República Popular China ("Ley de Derecho de Autor"), al que no se hace referencia alguna en la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, otorga plena protección del derecho de autor tanto antes como durante el examen para la autorización. Lo hace incorporando expresamente a la legislación china los derechos conferidos por los acuerdos internacionales, incluidos el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC.

57. En segundo lugar, los Estados Unidos sostienen que en virtud del párrafo 1 del artículo 4 se deniega la protección de las obras que no satisfacen el examen del contenido. También esto es falso. El proceso de examen del contenido opera de manera independiente del párrafo 1 del artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor. El único resultado de una constatación de contenido prohibido en virtud del proceso de examen del contenido es la denegación de la autorización a publicar. Esa constatación no lleva a denegar el derecho de autor, y China no tiene noticias de que una constatación en un proceso de examen del contenido haya llevado alguna vez a denegar la protección del derecho de autor. El resto de la alegación de los Estados Unidos debe rechazarse por esa razón.

B. LA ALEGACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS SE APOYA EN UNA DESCRIPCIÓN FALSA DE LA LEGISLACIÓN CHINA

1. Contrariamente a lo que alegan los Estados Unidos, con arreglo a la legislación china la protección del derecho de autor nace con la creación de las obras y no depende del examen del contenido

58. Aunque la publicación de determinados tipos de obras en China requiere un examen del contenido, el derecho de autor sobre esas obras nace con la creación y es independiente de la publicación. Mientras están pendientes de examen, esas obras disfrutaban en plenitud de la protección del derecho de autor.

59. Con arreglo al artículo 2 de la Ley de Derecho de Autor de China, los autores extranjeros de Estados signatarios del Acuerdo sobre los ADPIC disfrutaban de protección automática del derecho de autor, al igual que cualquier ciudadano chino, una vez completa una obra. Esa protección es

igualmente aplicable a las obras que no han sido sometidas a examen y a las que sí lo han sido, todo ello con independencia de que la obra se publique o no oficialmente en China. La afirmación de los Estados Unidos de que la protección del derecho de autor está de alguna manera supeditada al examen del contenido es simplemente falsa como cuestión de derecho.

2. Contrariamente a lo que alegan los Estados Unidos, la prohibición de la publicación como consecuencia del examen del contenido no activa la denegación del derecho de autor

60. El segundo error principal de los Estados Unidos radica en su afirmación relativa a los efectos jurídicos de la denegación de una licencia para publicar o distribuir una obra. Los Estados Unidos afirman que esa denegación también da lugar a una denegación del derecho de autor en virtud del párrafo 1 del artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor. En realidad esto no es así. El proceso de examen del contenido se desarrolla independientemente del párrafo 1 del artículo 4, y la única consecuencia de una constatación de contenido prohibido en ese proceso es la denegación de la autorización para publicar. Nada en esta constatación lleva a denegar la protección del derecho de autor.

61. La gestión del examen del contenido, por un lado, y la gestión de las leyes sobre derechos de autor, por otro, son procesos separados e independientes. El examen del contenido es competencia de organismos administrativos dependientes del Consejo de Estado, no de los tribunales. En contraste, la protección del derecho de autor es competencia del sistema judicial chino y de la Administración Nacional del Derecho de Autor de China ("NCAC") y sus filiales locales. Ninguno de esos órganos competentes en materia de derechos de autor está obligado por las constataciones de un organismo administrativo en el proceso de examen del contenido.

62. Los Estados Unidos tratan erróneamente de vincular el nacimiento del derecho de autor con la finalización satisfactoria del examen. Sin embargo, el resultado del examen del contenido es una licencia que permite la distribución, no una concesión de un derecho de autor. Con arreglo al artículo 2 de la Ley de Derecho de Autor de la República Popular China, plenamente compatible con el párrafo 2) del artículo 5 del Convenio de Berna, el derecho de autor nace automáticamente y es reconocido sin formalidades administrativas.

63. El examen del contenido es un proceso independiente y no relacionado que no determina si una obra está protegida por el derecho de autor.

C. CHINA PROTEGE EL DERECHO DE AUTOR CON INDEPENDENCIA DE LOS PROCESOS DE EXAMEN DEL CONTENIDO

64. Los Estados Unidos sacan cuatro conclusiones de su interpretación errónea de la legislación china. Alegan que China no protege el derecho de autor para 1) obras que no han sido sometidas a un examen del contenido, 2) obras que están pendientes de un examen del contenido, 3) versiones no editadas de obras que han sido editadas para satisfacer el examen del contenido, y 4) obras que no han satisfecho el examen del contenido. En realidad, ninguna de esas afirmaciones es correcta. Lo cierto es que China protege las obras con independencia de su situación en el marco de un examen del contenido.

1. El derecho de China a realizar un examen del contenido no está en tela de juicio

65. Los Estados Unidos no impugnan el derecho de China a realizar un examen del contenido, impugnación que no sería aceptable. El derecho soberano de los gobiernos a regular e incluso a prohibir el contenido de determinadas obras es la base de los mecanismos de examen del contenido establecidos por China.

66. El artículo 17 del Convenio de Berna estipula lo siguiente:

"Las disposiciones del presente Convenio no podrán suponer perjuicio, cualquiera que sea, al derecho que corresponde al gobierno de cada país de la Unión de permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas o de policía interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción ..."

67. Por tanto, todos los derechos otorgados a los autores en virtud del Convenio de Berna están limitados por el artículo 17 de dicho Convenio. El sentido corriente del artículo 17 y del comentario oficial de la OMPI, así como todos los tratados sobre esta cuestión, respaldan esa opinión. De ese reconocimiento se hace eco el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, que adopta el artículo 17 del Convenio de Berna.

68. Además, la facultad de proteger el bienestar público es una característica inherente y accesoria de la soberanía. El artículo 17 del Convenio de Berna no representa una codificación exhaustiva del derecho soberano a censurar, sino que se limita a hacer referencia a esas facultades, afirmando que las disposiciones del Convenio en modo alguno pueden limitar ese privilegio soberano.

2. China protege el derecho de autor para las obras que no han sido sometidas a examen y las obras que están pendientes de un examen del contenido

69. Los dos primeros puntos contenciosos planteados por los Estados Unidos afectan a obras que no han sido sometidas a un examen del contenido y a obras que están pendientes de un examen del contenido.

70. El derecho de autor por lo que respecta a una obra nace antes de cualquier consideración de los procesos de examen del contenido, y no se demora en espera de la conclusión de esos procesos. No sólo el análisis jurídico, sino también la práctica efectiva de China, demuestran esa conclusión.

71. China presenta casos reales que demuestran que su legislación otorga inequívocamente la protección del derecho de autor a las obras que están pendientes de un examen del contenido y a las obras que aún no se han sometido a un examen del contenido, así como a aquellas que no requieren tal examen.

72. China observa respetuosamente que la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos no contiene ni un análisis jurídico ni ningún ejemplo válido que respalde su alegación sobre la supuesta falta de protección del derecho de autor para las obras que no han sido sometidas a un examen o estén pendientes de él. En contraste, China ha proporcionado ambas cosas.

3. China protege el derecho de autor para las versiones no editadas de obras que han sido editadas en un examen del contenido, y para las obras que no han satisfecho el examen del contenido

73. Los elementos tercero y cuarto de la alegación de los Estados Unidos son que se deniega la protección del derecho de autor a las versiones no editadas de obras que en el proceso de examen de la publicación se ha constatado tienen un contenido prohibido, y que se deniega la protección del derecho de autor para las obras que no han satisfecho el proceso de examen del contenido.

74. Ninguna de las alegaciones de los Estados Unidos es correcta. Por el contrario, China demuestra que en el caso de las películas, por ejemplo, las obras que no satisfacen el examen del contenido, las obras que han sido editadas para pasar el examen del contenido y las obras que no se han examinado están todas protegidas por actuaciones en pro de la observancia iniciadas por la NCAC.

75. Los Estados Unidos se han abstenido de presentar un análisis jurídico que respalde su interpretación de la legislación china, así como de presentar cualquier ejemplo de denegación del derecho de autor a una versión no editada o a una obra que no ha satisfecho el examen del contenido. No han proporcionado al Grupo Especial un solo ejemplo de que un demandado en una acción por infracción del derecho de autor haya afirmado con éxito en su defensa que la obra no disfrutaba del derecho de autor porque no había satisfecho un proceso de examen del contenido. China comunica respetuosamente que su Tribunal Supremo del Pueblo no tiene noticias de un solo caso en que esa defensa se haya afirmado con éxito.

D. DADO QUE CHINA NO SE ABSTIENE DE PROTEGER EL DERECHO DE AUTOR EN LOS CASOS ALEGADOS POR LOS ESTADOS UNIDOS, CHINA NO HA INCUMPLIDO LAS OBLIGACIONES QUE LE CORRESPONDEN EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

76. Toda la segunda parte de la argumentación de los Estados Unidos sobre la tercera alegación detalla los derechos internacionales supuestamente denegados por el hecho de que China presuntamente se abstiene de proteger el derecho de autor. Como se ha demostrado más arriba, las alegaciones de denegación de la protección del derecho de autor formuladas por los Estados Unidos son falsas y se basan en un importante error de comprensión de la legislación china. Dado que la protección del derecho de autor no se deniega, lo cierto es que no se infringe ninguno de los derechos enumerados en la segunda parte de la argumentación de los Estados Unidos.

77. En los párrafos 215-219 de su Primera comunicación escrita, los Estados Unidos alegan que la denegación de la protección del derecho de autor en virtud del párrafo 1 del artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor constituye una "exclusión" no autorizada de la protección del derecho de autor para una clase de obras, y que esa denegación anula determinados derechos especificados en esos párrafos que el Convenio de Berna garantiza a los autores. Esa alegación no sobrevive al argumento presentado por China en su Primera comunicación escrita, que demuestra que el párrafo 1 del artículo 4 simplemente no se aplica en la forma alegada por los Estados Unidos. China sostiene respetuosamente que la argumentación de los Estados Unidos es errónea debido a una comprensión totalmente falsa de la legislación china aplicable a este respecto. China observa asimismo que en la medida en que el párrafo 1 del artículo 4, independientemente del proceso de examen del contenido, pueda aplicarse de manera que deniegue la protección del derecho de autor para una obra que un tribunal ha constatado está "prohibida por ley" -cosa que los Estados Unidos no han intentado mantener-, ese acto de prohibición está protegido por el artículo 17 del Convenio de Berna. La denegación de la protección del derecho de autor en un caso así, es decir, la privación a un autor del derecho a limitar la distribución y uso de una obra cuya distribución está completamente prohibida, es nula material y jurídicamente. Los derechos económicos otorgados a los autores y artistas en virtud del Convenio de Berna equivalen a un derecho de censura privado -derecho que pierde vigencia cuando hay una prohibición pública superior como la expresamente autorizada por el artículo 17 del Convenio de Berna-. Los Estados Unidos no han demostrado que la falta de protección del derecho de autor para esas obras reduce los derechos de los autores en algo que no sea la prohibición misma.

78. En los párrafos 220-225 de su Primera comunicación escrita, los Estados Unidos alegan que un proceso de examen del contenido impone una "formalidad" prohibida al reconocimiento del derecho de autor. Esa afirmación no sobrevive al argumento presentado por China en su Primera comunicación escrita, que demuestra que en realidad el reconocimiento del derecho de autor no está supeditado a la finalización de ningún proceso de examen del contenido, por lo que no se impone ninguna formalidad.

79. En los párrafos 232-243 de su Primera comunicación escrita, los Estados Unidos alegan que China no ha establecido procedimientos para la observancia en los casos de denegación del derecho de autor. Esa alegación también debe rechazarse a la luz de los argumentos presentados por China, que demuestran que en realidad el derecho de autor no se deniega como alegan los Estados Unidos.

E. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN ACREDITADO UNA PRESUNCIÓN *PRIMA FACIE* QUE RESPALDE SUS ALEGACIONES RELATIVAS AL TRATO NACIONAL O SUS ALEGACIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS CONEXOS, Y EN CONSECUENCIA EL GRUPO ESPECIAL DEBE PRONUNCIARSE A FAVOR DE CHINA POR LO QUE RESPECTA A ESAS CUESTIONES

80. En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, los Estados Unidos alegaron varias infracciones en materia de trato nacional, subsidiarias a su alegación principal de que el párrafo 1 del artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor deniega la protección del derecho de autor, en infracción del Acuerdo sobre los ADPIC. De manera análoga, en esa solicitud los Estados Unidos también alegaron, una vez más como cuestión subsidiaria, que el párrafo 1 del artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor puede denegar la protección de los derechos conexos a los artistas intérpretes y ejecutantes y los productores de fonogramas, en infracción del artículo 14 del Acuerdo sobre los ADPIC.

81. Los Estados Unidos no han acreditado en su Primera comunicación escrita una presunción *prima facie* que respalde sus alegaciones en materia de trato nacional o de derechos conexos. China sostiene respetuosamente que habida cuenta de ello el Grupo Especial debe pronunciarse en favor de China por lo que respecta a cada una de esas alegaciones.

1. El Órgano de Apelación ha resuelto reiterada e inequívocamente que la carga de la prueba para acreditar una presunción *prima facie* recae inicialmente sobre la parte reclamante

82. Se ha pedido varias veces al Órgano de Apelación que aclare sobre quién recae la carga de la prueba en los procedimientos de solución de diferencias en la OMC. En cada una de esas ocasiones el Órgano de Apelación ha confirmado que la obligación de probar que la legislación de un Miembro es incompatible con las obligaciones asumidas en el marco de la OMC recae plenamente sobre la parte reclamante. La parte reclamante tiene que exponer debidamente su alegación y probarla. A falta de esas pruebas, o si éstas son deficientes, la carga no se desplaza sobre el demandado.

2. Los Estados Unidos no han cumplido su obligación

83. China sostiene que el Grupo Especial debe rechazar las alegaciones en materia de trato nacional y derechos conexos presentadas por los Estados Unidos.

84. Por lo que respecta a las supuestas infracciones de derechos conexos en el marco del artículo 14 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Estados Unidos no han presentado ninguna prueba, y sus alegaciones concernientes a los derechos conexos ni siquiera constituyen una alegación debidamente formulada. Los Estados Unidos así lo reconocen en su comunicación.

85. Por lo que respecta a los argumentos en materia de trato nacional, en la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos no se presenta ninguna alegación al respecto, por lo que aparentemente se ha renunciado a ella.

86. Dado que los Estados Unidos no han acreditado una presunción *prima facie*, China solicita respetuosamente al Grupo Especial que se pronuncie en contra de los Estados Unidos y constate que éstos no han demostrado que las medidas de China infringen el artículo 14 del Acuerdo sobre los ADPIC o deniegan el trato nacional.

87. Por último, China observa respetuosamente que si bien los Estados Unidos, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, enumeraron muchas medidas separadas, parece que en su Primera comunicación escrita sólo han presentado argumentos relacionados con cinco de esas medidas. Por consiguiente, China solicita al Grupo Especial que constate que los Estados Unidos no han acreditado una presunción *prima facie* por lo que respecta a las restantes medidas, y resuelva,

como cuestión de procedimiento, que los Estados Unidos no han establecido la existencia de ninguna infracción del Acuerdo sobre los ADPIC por lo que respecta a las siguientes disposiciones: el Reglamento sobre la administración de la radiodifusión; el Reglamento sobre la administración de las telecomunicaciones; las Medidas para la administración de las importaciones de productos de audio y vídeo; los Procedimientos para el examen y aprobación de la publicación de publicaciones electrónicas terminadas con licencia de un titular extranjero del derecho de autor; los Procedimientos para el examen y aprobación de la importación de publicaciones electrónicas terminadas por entidades importadoras de publicaciones electrónicas; los Procedimientos para el registro de publicaciones importadas; el Reglamento provisional sobre la administración de la cultura en Internet; y varios Dictámenes sobre el desarrollo y la reglamentación de la música en Internet.

V. CONCLUSIÓN

88. Por las razones expuestas en esta comunicación, China solicita respetuosamente al Grupo Especial que constate que las medidas adoptadas por China son compatibles con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. China sostiene respetuosamente que los Estados Unidos no han cumplido sus obligaciones probatorias por lo que respecta a muchas de las medidas adoptadas por China, y no han demostrado que alguna de esas medidas no está en conformidad con las obligaciones que le corresponden.

ANEXO B-2

RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL DE CHINA EN LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA

I. INTRODUCCIÓN

1. Muchas gracias, Sr. Presidente y señores miembros del Grupo Especial. Los Estados Unidos han presentado en este caso teorías jurídicas que están muy viciadas y que guardan muy poca relación con el mercado de la propiedad intelectual. China insta al Grupo Especial a que rechace todas las alegaciones de los Estados Unidos.

2. En opinión de China, lo que está en juego en esta diferencia no es únicamente un puñado de leyes internas -aunque, como es natural, esto es sumamente importante-. Más allá de ello, China cree que el equilibrio de derechos y obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC también está muy en juego en esta diferencia.

3. Los Miembros en desarrollo afirmaron retirada y enfáticamente que sólo -y sólo- aceptarían las obligaciones establecidas en el Acuerdo sobre los ADPIC con la debida deferencia a sus normas, sus ordenamientos jurídicos y los límites de sus recursos. Sin embargo, los Estados Unidos pretenden pasar todo esto por alto. Cerrar voluntariamente los ojos ante el claro registro de objeciones de los Miembros en desarrollo prestaría un mal servicio a la comunidad de la OMC cuando ésta trata de negociar la ronda de acuerdos de Doha.

II. PRIMERA ALEGACIÓN

4. Sr. Presidente, señores miembros del Grupo Especial: permítanme abordar la primera alegación de los Estados Unidos. Los Estados Unidos alegan en primer lugar que la legislación penal china no satisface lo dispuesto en el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. Dicha disposición estipula que "los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial".

5. Se ha instado al Grupo Especial a que interprete de manera muy estricta la amplia expresión "escala comercial". China insta al Grupo Especial a que examine esta cuestión cuidadosamente a la luz de las reglas tradicionales de interpretación, que reconocen que los países no renuncian a la ligera a sus poderes soberanos. En particular, China insta al Grupo Especial a que pregunte si los Estados Unidos le han dado razones suficientes para creer que las partes quisieron que los términos "escala comercial" impusieran una norma estricta de derecho penal.

6. En China los crímenes económicos se definen mediante el establecimiento de un umbral. La actividad ilegal que supera una determinada escala es objeto de sanción penal. China ha establecido los umbrales para los delitos contra la propiedad intelectual al mismo nivel que para otros delitos comerciales similares.

7. Dos aspectos muy diferenciados del sistema chino guardan relación con la manera en que esos umbrales se establecen. Primero, en China, los particulares tienen derecho a iniciar acciones penales. Esto hace que el umbral sea muy importante para la preservación de los recursos para la observancia de la ley penal. Segundo, China aplica un régimen de observancia administrativa paralelamente al sistema penal. Aparentemente, ese régimen de observancia no tiene paralelo entre los países occidentales. Mediante las medidas de observancia administrativa, las autoridades chinas pueden actuar rápida y eficazmente contra actividades de infracción a cualquier escala.

Los infractores de baja escala no tienen un "refugio seguro". Están sujetos a firmes sanciones administrativas. Esas infracciones de baja escala simplemente no justifican la tramitación de procedimientos penales inmensamente más prolongados y costosos.

8. Los Estados Unidos entienden que "escala comercial" significa intención comercial: cualquier actividad emprendida para obtener ganancias financieras. Esto es un error significativo. Las partes negociadoras rechazaron expresamente la norma de la intención comercial cuando se sugirió en las negociaciones. Pocos de los terceros participantes están de acuerdo con la definición propugnada por los Estados Unidos.

9. La interpretación de los Estados Unidos no se basa en el sentido corriente de las palabras "escala comercial". En realidad, los Estados Unidos en ningún momento recurren al sentido corriente de la expresión global "escala comercial". En lugar de ello, tratan de sumar las definiciones de las palabras "comercial" y "escala" que figuran en los diccionarios.

10. El Comité de la OMPI aclaró que "escala comercial" es una norma amplia que debe basarse en múltiples factores y circunstancias locales. No delimita un umbral de actividad rígido y definido. Además, la expresión "escala comercial" alude a una magnitud significativa de actividad. Tenía por objeto abarcar casos en los que la "manufactura" de mercancías infractoras debía considerarse delictiva. Esto contradice directamente lo que afirman los Estados Unidos. "Escala comercial" no significa cualquier actividad emprendida para obtener ganancias financieras. "La voluntad de obtener un beneficio" no es sino uno entre varios factores que han de tenerse en cuenta.

11. Ese es el sentido corriente de la expresión "escala comercial". Alude a una magnitud de actividad. Es una norma amplia que no está definida con exactitud. Permite que la norma establecida por cada Miembro refleje su propio ordenamiento jurídico y su realidad económica.

12. Ese es el mismo sentido que se encuentra en anteriores documentos del GATT -y, de hecho, en leyes de los Estados Unidos-. Es el sentido que las partes negociadoras del Acuerdo sobre los ADPIC examinaron al debatir si debía adoptarse una norma de "escala comercial" y al rechazar la simple norma de lo "comercial".

13. China observa que los Estados Unidos y los terceros participantes han presentado definiciones muy distintas de "escala comercial". Cada parte insiste en que su interpretación de esa expresión es la adecuada. Sin embargo, la amplia gama de sentidos demuestra por sí misma que "escala comercial" no alude a una norma específica. La norma es vaga y está abierta a interpretación.

14. El Órgano de Apelación ha sostenido que si un término es vago o ambiguo, el Grupo Especial debe adoptar la interpretación que sea menos onerosa e interfiera menos en la soberanía de un país. El artículo 61 afecta a la legislación penal nacional de los Miembros -el corazón mismo de la soberanía nacional-. Aquí, más que en ningún otro ámbito, el Órgano de Apelación no debe presuponer a la ligera que los Miembros quisieron dar a esas palabras el sentido más oneroso e intrusivo.

15. China destaca también la especial función contextual del párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 5 del artículo 41 del Acuerdo sobre los ADPIC. Durante las negociaciones de la Ronda Uruguay los países en desarrollo se opusieron abiertamente al establecimiento de nuevas obligaciones en materia de observancia que prescribieran normas rígidas y pasaran por alto los principios de la soberanía. La opinión de los países en desarrollo prevaleció frente a la oposición de los Estados Unidos y otros al incluirse tanto el párrafo 1 del artículo 1 como el párrafo 5 del artículo 41.

16. Esta diferencia representará la primera interpretación por la OMC del párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 5 del artículo 41 del Acuerdo sobre los ADPIC. Se ha instado al Grupo Especial a que entienda que esas disposiciones tienen poco o ningún efecto. China insta al Grupo Especial a que

tenga en cuenta el equilibrio de políticas que llevó a la incorporación de esas disposiciones. China no trata de eludir sus obligaciones. Sin embargo, insta al Grupo Especial a que considere si los Estados Unidos le han dado motivos para constatar que esas disposiciones simplemente tienen poco o ningún sentido.

17. Esas disposiciones establecen el contexto del artículo 61. No puede interpretarse que el Acuerdo sobre los ADPIC obliga a un Miembro a distorsionar su ordenamiento jurídico o a destinar más recursos a la observancia de la legislación sobre propiedad intelectual que a la observancia de la legislación en general.

18. La conclusión debe ser clara. El artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC obliga a China a establecer medidas penales contra actos de falsificación y piratería de una cierta magnitud. Permite a China definir razonablemente esa magnitud en el marco de su estructura jurídica nacional y a la luz de los límites de sus recursos. Eso es precisamente lo que ha hecho China. China ha establecido umbrales penales en materia de propiedad intelectual a una escala baja de comercio de manera compatible con los umbrales que aplica en todos los aspectos de la legislación comercial penal.

III. SEGUNDA ALEGACIÓN

19. Sr. Presidente, señores miembros del Grupo Especial, permítanme ahora pasar a la segunda alegación de los Estados Unidos. Los Estados Unidos alegan que en virtud de la legislación china la Aduana china trata las mercancías infractoras decomisadas de manera incompatible con el artículo 59 del Acuerdo sobre los ADPIC. También esta alegación carece de fundamento.

20. Los artículos 46 y 59 del Acuerdo sobre los ADPIC obligan conjuntamente a los Miembros a dar a sus aduanas facultades para apartar las mercancías de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho, o para destruir las mercancías.

21. La Aduana de China tiene facultades de eliminación en dos formas distintas: donando las mercancías infractoras a organizaciones de bienestar social o, alternativamente, ofreciendo a la venta las mercancías infractoras a los titulares de los derechos. Los Estados Unidos basan su argumento en si esos procedimientos se tramitan de forma que evite causar daños al titular del derecho.

22. Aunque los Estados Unidos presuponen reiteradamente posibles daños derivados de las donaciones de China a entidades de beneficencia, en su comunicación escrita no se identifica ni un solo caso en el que la donación de una mercancía infractora haya causado daños al titular del derecho. Las pruebas que el Grupo Especial tiene ante sí demuestran que la Aduana china dona mercancías infractoras a organizaciones de bienestar social con buenos resultados y sin causar daños a los titulares de los derechos.

23. En el caso de la venta de las mercancías infractoras a los titulares de los derechos -que es mucho menos frecuente que la donación de mercancías- queda totalmente al arbitrio de esos titulares decidir si desean adquirir las mercancías si ello obra en su interés. China sostiene respetuosamente que esto no puede causar daños al titular del derecho, y los Estados Unidos no han presentado ninguna prueba en contrario.

24. Por lo que respecta a las facultades de destrucción, cabe señalar que la Aduana china tiene las facultades necesarias para destruir mercancías infractoras. La legislación china establece una secuencia discrecional de métodos de eliminación que es totalmente compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. La legislación china considera preferente que las mercancías infractoras se donen o se vendan a los titulares de los derechos. Si esos métodos no son viables, la legislación china considera preferente que las mercancías infractoras se vendan en pública subasta. Y si ninguno de esos métodos es viable, la legislación china dispone que las mercancías infractoras se destruyan. La Aduana china

dispone de facultades plenas para ordenar la destrucción, y ejercita a menudo esas facultades. De hecho, las pruebas que el Grupo Especial tiene ante sí ponen de manifiesto que la destrucción tiene lugar frecuentemente -un 58 por ciento, en valor, de las mercancías infractoras decomisadas en China se destruyó en el período de tres años más reciente-.

25. Los Estados Unidos objetan a los raros casos en que la Aduana china recurre a una subasta pública para eliminar las mercancías infractoras. Sostienen que la subasta pública es incompatible con la obligación que corresponde a China, en virtud del artículo 59, de otorgar tanto facultades de eliminación como facultades de destrucción. Sin embargo, este argumento es claramente falso porque, con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC, la Aduana china tiene que estar facultada para eliminar las mercancías infractoras o destruirlas -pero no está obligada a hacerlo-. El artículo 59 no dice que las autoridades "ordenarán" la destrucción o eliminación, sino, expresamente, que "estarán facultadas para" ordenar tal cosa.

26. Los Estados Unidos también afirman que el limitado recurso de China a las subastas públicas infringe la cuarta frase del artículo 46. En esa frase se dispone que la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio falsificada no será suficiente para que se permita la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales, salvo en casos excepcionales.

27. China pone en tela de juicio que la cuarta frase del artículo 46 esté incorporada al artículo 59, y en consecuencia que sea aplicable a la Aduana china.

28. Sin embargo, aun en el caso de que se interpretara que la cuarta frase del artículo 46 es aplicable, la Aduana china cumple plenamente lo que dispone. La cuarta frase del artículo 46 no prohíbe la colocación de mercancías falsificadas decomisadas -simplemente dispone que la simple retirada de la marca falsificada normalmente no es suficiente-. La finalidad del artículo 46 es evitar que los infractores puedan aponer nuevamente y a bajo costo las marcas y persistir en su actividad infractora. Como China ha explicado en su comunicación escrita, la Aduana no se limita a retirar la marca infractora: retira todas las características infractoras; solicita formalmente observaciones a los titulares de derechos para brindarles protección procesal; y, más importante aún, utiliza un precio de reserva en las subastas públicas para asegurarse de que los infractores no tengan la oportunidad de comprar las mercancías decomisadas a un costo irrazonablemente bajo y aponer de nuevo las marcas infractoras.

29. En resumen, la subasta pública de mercancías infractoras decomisadas -un procedimiento que China utiliza para un 2 por ciento del valor de esas mercancías- es totalmente compatible con el artículo 59.

IV. TERCERA ALEGACIÓN

30. Sr. Presidente, señores miembros del Grupo Especial, me referiré ahora a la tercera alegación de los Estados Unidos. Los Estados Unidos alegan que China infringe el Acuerdo sobre los ADPIC al no proteger automática e inmediatamente determinadas obras, especialmente películas y DVD. Por lo que respecta a esta alegación, la cuestión controvertida no es la interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC. Lo que se está discutiendo es en gran medida la aplicación de la legislación china.

31. Con arreglo a la legislación china el derecho de autor sobre una obra nace con su creación. La protección del derecho de autor no depende de la publicación. El artículo 2 de la Ley de Derecho de Autor de China incorpora expresamente las protecciones del Convenio de Berna y otorga protección automática del derecho de autor a todos los autores de los Estados signatarios del Convenio de Berna.

32. Los Estados Unidos no han tenido en cuenta el artículo 2 en su comunicación escrita. Antes bien, alegan que el párrafo 1 del artículo 4 deniega la protección del derecho de autor a determinadas obras hasta que éstas satisfagan el examen del contenido. China destaca respetuosamente que esto no es así. De hecho, China reconoce y protege el derecho de autor para las obras tan pronto como éstas se crean.

33. China aplica varios reglamentos que prevén el examen del contenido de determinadas obras, y en algunos casos no permite la publicación hasta que el contenido ha sido aprobado. Los Estados Unidos no discuten el derecho de China a hacer tal cosa. El examen del contenido y el derecho a prohibir la publicación o distribución de obras es un privilegio soberano reconocido en el artículo 17 del Convenio de Berna.

34. Como consecuencia de las protecciones del artículo 2, las obras que no han sido aún sometidas a un examen del contenido disfrutan pese a ello de la protección del derecho de autor. Las obras que están pendientes de un examen del contenido también disfrutan de la protección del derecho de autor. En lo que respecta a las obras que han sido editadas para satisfacer el examen del contenido, China protegerá el derecho de autor para la versión editada de la obra. Esa protección incluirá la aplicación de medidas de observancia contra copias de la versión no editada de la obra que infrinjan el derecho de autor de la versión editada. Las versiones no editadas también estarán sujetas a la aplicación de medidas contra la infracción de los reglamentos que regulan la publicación y la distribución, como el reglamento sobre películas. En lo tocante a las obras que no han satisfecho el examen del contenido cabe señalar que la protección del derecho de autor en este caso es una cuestión que normalmente no se plantea en el marco de la legislación china.

35. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, China sostiene respetuosamente que el párrafo 1 del artículo 4 es un instrumento jurídico que tiene pocos efectos en el mercado. Aun en el caso de que se constate que una obra está prohibida por ley, es improbable que la denegación de la protección tenga algún valor significativo para el titular del derecho. La obra está totalmente prohibida, y todo intento de publicarla o distribuirla está sujeto a lo dispuesto en la ley. El derecho privado del autor a censurar lo que ya está totalmente prohibido tendría poco valor.

36. Por último, China pide también al Grupo Especial que tome nota de que los Estados Unidos, en su Primera comunicación escrita, no explicaron o fundamentaron varios aspectos de su alegación tal como figuraba en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. Se trata de las alegaciones relacionadas con el artículo 14 del Acuerdo sobre los ADPIC y las alegaciones relacionadas con el trato nacional. De manera análoga, los Estados Unidos se abstuvieron de presentar argumentos en relación con varias medidas de China a las que hicieron referencia en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. El Órgano de Apelación ha aclarado que recae sobre la parte reclamante la obligación de justificar todas las alegaciones acreditando una presunción *prima facie* en su Primera comunicación escrita. China destaca respetuosamente que los Estados Unidos no han cumplido esa obligación en este caso. Solicita respetuosamente al Grupo Especial que se pronuncie en contra de los Estados Unidos en lo tocante a sus alegaciones relativas al artículo 14 y al trato nacional, así como a las medidas con respecto a las cuales no se presentó ninguna justificación.

V. CONCLUSIÓN

37. En conclusión, China sostiene respetuosamente que los Estados Unidos no han presentado argumentos convincentes que justifiquen ninguna de sus tres alegaciones. Confía mucho en que esta diferencia no siga adelante, para poder así reanudar sus trabajos con todos sus interlocutores comerciales a fin de promover la protección beneficiosa de la propiedad intelectual.

ANEXO B-3

DECLARACIÓN ORAL FINAL DE CHINA EN LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA

1. Sr. Presidente, señores miembros del Grupo Especial: China desea prologar su declaración final formal refiriéndose brevemente a una cuestión de derecho relativa a la interpretación del artículo 61. Ayer algunos terceros participantes expresaron preocupación por la posibilidad de que China estuviera pidiendo a este Grupo Especial que se apartara de las normas usuales de interpretación de los acuerdos internacionales al interpretar el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. China no ha solicitado tal cosa, y cree que puede disipar esas preocupaciones con una simple exposición de sus opiniones.
2. La observación de China relativa a la interpretación del artículo 61 es la siguiente: primero, China pide al Grupo Especial que reconozca que la obligación establecida en el artículo 61 atañe al derecho penal, que es una función soberana crucial. Esta es la primera vez en que se ha pedido a un grupo especial de la OMC que interprete una obligación relacionada con el derecho penal.
3. Segundo, China pide al Grupo Especial que tome nota de que la norma establecida en el artículo 61 es vaga y está sujeta a interpretación. La gran variedad de posibles definiciones que el Grupo Especial ha oído en los dos últimos días constituye una notable prueba de ese hecho.
4. Tercero, China pide al Grupo Especial que tome nota del principio interpretativo generalmente aceptado *in dubio mitius*. Con arreglo a ese principio, cuando una norma establecida en un tratado es vaga o ambigua, el Grupo Especial debe optar por la interpretación que afecte lo menos posible a la soberanía de un país. El Grupo Especial sólo debe escoger una interpretación más intrusiva cuando hay pruebas claras y específicas de que esa fue la intención de los redactores de la norma.
5. El fundamento en que se basa ese principio es que no puede presuponerse a la ligera que los países renuncian a su soberanía. Por consiguiente, el Grupo Especial tiene que encontrar un respaldo específico para cualquier interpretación que suponga una concesión intrusiva de soberanía. China observa que el Órgano de Apelación de la OMC ha adoptado expresamente este principio interpretativo.
6. La legislación penal internacional a que se hace referencia en la Primera comunicación escrita de China pone claramente de manifiesto que este principio está especialmente justificado en el ámbito del derecho penal. Los Estados Unidos han propugnado una aplicación estricta e intrusiva del artículo 61. Para respaldar esa interpretación los Estados Unidos tendrán que presentar pruebas específicas de que fue la deseada por las partes, como requiere el principio *in dubio mitius*. Los Estados Unidos no lo han hecho, y a la luz de disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC como el párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 5 del artículo 41 es evidente que no podrán hacerlo.
7. Esa es la "carga" que China ha indicado recae sobre los Estados Unidos. China no se está refiriendo a la carga de la prueba en un sentido fáctico, sino más bien a la imposibilidad de que los Estados Unidos presenten pruebas que respalden su interpretación jurídica del artículo 61.
8. China confía en que esto ponga fin a cualquier posible malentendido de sus argumentos sobre esta cuestión.

* * *

9. Sr. Presidente, señores miembros del Grupo Especial: la República Popular China desea expresarles su profunda gratitud por su disposición a prestar servicios en esta diferencia y por la evidente diligencia con la que han emprendido su labor. China también quiere dar muchas gracias al personal de la Secretaría de la OMC.

10. China se toma muy en serio esta diferencia. Ha traído a Ginebra a una delegación numerosa de altos funcionarios; y se ha preparado a fondo para esta reunión. China tiene intención de dedicar considerable atención y energía a responder las preguntas del Grupo Especial.

11. En opinión de China, lo que está en juego en esta diferencia no es únicamente un puñado de leyes internas -aunque, como es natural, esto es sumamente importante-. Más allá de ello, China cree que el equilibrio de derechos y obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC también está muy en juego en esta diferencia.

12. China considera que el Grupo Especial tiene ante sí varias tareas importantes, entre ellas tareas sobre las que hay pocos precedentes.

13. Una tarea es la primera interpretación por la OMC de una obligación concerniente al derecho penal. Se ha instado al Grupo Especial a que interprete de manera muy estricta la amplia expresión "escala comercial". China insta al Grupo Especial a que examine esta cuestión cuidadosamente a la luz de las reglas tradicionales de interpretación, que reconocen que los países no renuncian a la ligera a sus poderes soberanos. En particular, China insta al Grupo Especial a que pregunte si los Estados Unidos le han dado razones suficientes para creer que las partes quisieron que los términos "escala comercial" impusieran una norma estricta de derecho penal.

14. Otra tarea es la primera interpretación por la OMC del párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 5 del artículo 41 del Acuerdo sobre los ADPIC. Se ha instado al Grupo Especial a que entienda que esas disposiciones tienen poco o ningún efecto. China insta al Grupo Especial a que tenga en cuenta el equilibrio de políticas que llevó a la incorporación de esas disposiciones. China no trata de eludir sus obligaciones. Sin embargo, insta al Grupo Especial a que considere si los Estados Unidos le han dado motivos para constatar que esas disposiciones simplemente tienen poco o ningún sentido.

15. Otra tarea es la de determinar si el artículo 46 del Acuerdo sobre los ADPIC está redactado de manera que obliga a los Miembros a dar a sus organismos aduaneros facultades ilimitadas para destruir mercancías infractoras antes de que puedan donarse, sin causar daño alguno al titular del derecho, a una entidad de beneficencia. La posición de los Estados Unidos sigue asombrando a China. Por un lado, parece que los Estados Unidos creen que la Aduana china debe tener facultades absolutas e irrestrictas por lo que respecta a la destrucción. Por otro lado, los Estados Unidos critican que las facultades de la Aduana china por lo que respecta a la eliminación fuera de los circuitos comerciales no estén suficientemente restringidas.

16. Los Estados Unidos desean que China supedite la donación a entidades de beneficencia a, por ejemplo, la determinación de que las mercancías no son defectuosas. De hecho, la legislación china establece esa condición. Sin embargo, el Grupo Especial sin duda reconoce que la condición de que las mercancías sólo puedan donarse si no son defectuosas constituye una restricción de las facultades de la Aduana. Es una restricción en exactamente la misma forma que la condición de que las mercancías sólo se destruyan si no satisfacen determinados criterios. De manera análoga, los Estados Unidos disponen en su propia legislación -y recomiendan a China- que la donación de mercancías decomisadas se supedite a la aprobación del titular del derecho. Parece como si los Estados Unidos aprobaran las condiciones para otorgar facultades que les complacen y rechazan las que no les complacen.

17. Una última tarea para el Grupo Especial es la de evaluar la Ley de Derecho de Autor de China a la luz del Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC. A este respecto hay dos cuestiones muy importantes que el Grupo Especial debe examinar. La primera es la protección del derecho de autor prevista en el artículo 2 de la Ley de Derecho de Autor de China. Esa disposición incorpora a la legislación china las protecciones del artículo 5 del Convenio de Berna. Un examen adecuado del artículo 2 resolverá la mayor parte de las discrepancias sobre la legislación china. En segundo lugar, el Grupo Especial debe examinar con cuidado el derecho a prohibir la publicación, que está reconocido por el artículo 17 del Convenio de Berna. El Grupo Especial debe preguntar si hay alguna razón para exigir la protección del derecho de autor cuando una obra ha sido completamente prohibida por una actuación gubernamental que está autorizada por el derecho internacional.

18. Sr. Presidente, señores miembros del Grupo Especial: con esto concluye nuestra declaración. China les expresa de nuevo su agradecimiento, y le será grato responder por escrito a sus preguntas.

ANEXO B-4

RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DE RÉPLICA DE CHINA

I. INTRODUCCIÓN

1. En la presente diferencia, los Estados Unidos han pedido a este Grupo Especial que amplíe espectacularmente el alcance de las obligaciones jurídicas establecidas por el Acuerdo sobre los ADPIC creando obligaciones que los redactores nunca acordaron e invadiendo ámbitos de soberanía que los Miembros nunca cedieron. Esta comunicación demuestra cuál debe ser la interpretación adecuada del Acuerdo sobre los ADPIC de conformidad con las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena.

2. Al mismo tiempo, los Estados Unidos siempre han caracterizado erróneamente el régimen jurídico de China. En muchos casos no han logrado acreditar una presunción *prima facie* de que las leyes chinas son incompatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC.

3. En su primera alegación, los Estados Unidos no han reconocido el alcance de las sanciones penales de China contra la infracción de los derechos de propiedad intelectual; y no han demostrado que el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC impone a los Miembros la obligación de aplicar medidas penales a casos de infracción de bajo nivel. De hecho, el régimen jurídico penal de China, debidamente entendido, cumple plenamente el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, debidamente entendido.

4. En su segunda alegación, los Estados Unidos no han demostrado que el marco jurídico de China para la eliminación por la Aduana de las mercancías decomisadas es incompatible con los artículos 46 y 59 del Acuerdo sobre los ADPIC. La Aduana china está facultada para eliminar las mercancías decomisadas apartándolas de los circuitos comerciales de manera que se evite todo daño al titular del derecho; y está debidamente facultada para destruir las mercancías decomisadas, habida cuenta de que en el Acuerdo sobre los ADPIC no se prevé que esas facultades sean absolutas e incondicionales. La Aduana china también satisface la obligación establecida en la cuarta frase del artículo 46 -en el caso de que fuera aplicable al artículo 59- adoptando medidas importantes para asegurarse de que a los infractores no les resulte barato recuperar sus mercancías infractoras.

5. En su tercera alegación, los Estados Unidos no han acreditado una presunción *prima facie* de que el párrafo 1 del artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor de China no protege el derecho de autor para obras que se encuentran en diversas etapas de examen del contenido. Los Estados Unidos sólo han presentado el argumento viciado de que el párrafo 1 del artículo 4 infringe, por sus propios términos, el Acuerdo sobre los ADPIC, pero ese argumento debe rechazarse: el derecho internacional, y en particular el artículo 17 del Convenio de Berna, reconocen claramente las facultades soberanas para prohibir obras.

II. PRIMERA ALEGACIÓN: LOS UMBRALES PENALES ESTABLECIDOS POR CHINA SON COMPATIBLES CON LAS OBLIGACIONES QUE LE CORRESPONDEN EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

6. Los Estados Unidos alegan que China infringe el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC al no haber establecido procedimientos y sanciones penales para la falsificación dolosa y las infracciones a escala comercial. Los Estados Unidos no entienden el régimen jurídico penal de China; no interpretan debidamente la obligación jurídica establecida en el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC; y, por consiguiente, no reconocen que el régimen jurídico penal de China aplica fielmente la obligación pertinente establecida en el artículo 61.

7. A lo largo del presente procedimiento, los Estados Unidos han demostrado que no comprenden bien el ordenamiento jurídico de China. En su Primera comunicación escrita, China ha identificado una serie de errores de los Estados Unidos. Aunque éstos al parecer han corregido algunos errores cometidos anteriormente -como el alcance del umbral del volumen de las actividades comerciales ilegales o la naturaleza alternativa de los umbrales penales-, han reiterado algunos errores e introducido otros nuevos. También algunos terceros participantes han caracterizado erróneamente la legislación China.

A. EL RÉGIMEN DE CHINA PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

8. China aborda una serie de caracterizaciones erróneas que los Estados Unidos hacen del régimen de protección de la propiedad intelectual de la legislación china, incluidos elementos de su legislación penal sustantiva, su legislación penal general (derivada) y su legislación administrativa.

1. El derecho penal chino establece umbrales flexibles y amplios para el enjuiciamiento penal

a) Las leyes penales sustantivas de China relativas a la propiedad intelectual

9. China presenta una descripción detallada de sus leyes penales reguladoras de la propiedad intelectual. Con frecuencia, los Estados Unidos y otras partes han descrito erróneamente la legislación penal sustantiva china.

10. En primer lugar, los umbrales penales establecidos por China no son rígidos, sino que abarcan una amplia gama de actividades. El derecho penal chino aplica umbrales alternativos que sirven para captar diferentes magnitudes. El umbral del volumen de las operaciones comerciales ilegales, en particular, representa un criterio flexible que puede captar tanto un pequeño número de productos de alto valor como un gran número de productos de bajo valor -precisamente como solicitan algunos terceros participantes-. Además, el derecho penal chino se ha adaptado a las nuevas tecnologías, por ejemplo estableciendo que la difusión por Internet constituye reproducción o distribución en el sentido del artículo 217 del Código Penal.

11. En segundo lugar, China calcula sus umbrales penales examinando pruebas relativas a toda la duración del acto infractor, que podría durar varios años. La mayoría de los ejemplos hipotéticos utilizados por los Estados Unidos y los terceros participantes condensan indebidamente el período de infracción. Prácticamente todos los ejemplos presentados por los Estados Unidos en este procedimiento dependen de que se haga caso omiso del período de infracción aplicable. En relación con ello, China quiere dejar constancia de su sorpresa de que los Estados Unidos se quejen de que la aplicación de sanciones administrativas libere de responsabilidad -ya que la única alternativa para China sería renunciar a la aplicación de medidas administrativas contra la infracción a pequeña escala-.

12. En tercer lugar, la legislación penal china tiene en cuenta los productos no terminados y los indicios fiables de infracción penal. China explica con más detalle dos casos anteriormente expuestos que demuestran que los tribunales tuvieron en cuenta componentes semiterminados o no terminados, así como materiales e instrumentos indicativos de infracción.

b) La legislación penal general (derivada) de China por lo que respecta a la propiedad intelectual

13. Los Estados Unidos y otras partes en esta diferencia han pasado por alto la legislación penal general de China, que podría caracterizarse en los sistemas occidentales de *common law* como legislación penal "derivada". Esa legislación incluye los delitos incoativos, como la preparación y la tentativa, y la responsabilidad por actos de terceros, como los delitos conjuntos y la actividad criminal en grupo.

14. Estas leyes penales generales son aplicables al sector específico de los delitos contra la propiedad intelectual y amplían el alcance de las medidas penales de China contra la falsificación y la piratería. La legislación penal general tiene en cuenta productos no terminados, así como factores cuantitativos y elementos de organización.

2. El régimen administrativo aborda las infracciones a pequeña escala (escala no comercial)

15. China describe los procedimientos de sanción administrativa aplicables contra infracciones de los derechos de propiedad intelectual por debajo de los umbrales penales. Esos procedimientos son rápidos y eficientes y están bien adaptados a un gran volumen de casos de infracción a pequeña escala. China ha adoptado medidas estrictas para asegurarse de que los infractores por debajo de los umbrales penales en modo alguno disfruten de un "refugio seguro" y para que las medidas de observancia a nivel administrativo lleven a imponer sanciones significativas a los infractores.

16. China rechaza la afirmación de que las medidas de observancia a nivel administrativo no son un elemento de disuasión eficaz. Esas medidas pueden imponer castigos algo menos severos, pero es mucho más probable que se apliquen a infracciones de los derechos de propiedad intelectual a pequeña escala que las leyes penales comparables de los Estados Unidos. Contrariamente a lo que afirman los Estados Unidos, China considera que las medidas de observancia a nivel administrativo son un recurso eficaz, no su "recurso preferido".

B. NORMA JURÍDICA PARA LA INTERPRETACIÓN DEL CRITERIO DE LA ESCALA COMERCIAL

17. China sostiene respetuosamente que el Grupo Especial debe aplicar el criterio de la "escala comercial" a que hace referencia el artículo 61 a la luz del principio interpretativo generalmente aceptado *in dubio mitius*. El Órgano de Apelación de la OMC ha aprobado expresamente ese principio, que está especialmente justificado en el ámbito del derecho penal.

18. Los Estados Unidos propugnan una aplicación estricta e intrusiva del artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. Para que esa interpretación esté justificada los Estados Unidos tendrán que demostrar que el criterio de la "escala comercial" establecido en el artículo 61 tiene clara y exactamente el sentido que los Estados Unidos le atribuyen. En la medida en que la expresión "escala comercial" adolece de cierta vaguedad o falta de claridad, el principio *in dubio mitius* lleva a sostener que la interpretación propugnada por los Estados Unidos no puede aceptarse. El artículo 61 debe interpretarse en el sentido de que sólo regula las leyes penales nacionales de los Miembros hasta el límite expresa e inequívocamente consentido por ellos. Incumbe a los Estados Unidos demostrar que los Miembros consintieron expresa e inequívocamente aceptar la obligación jurídica de aplicar medidas penales a la falsificación y la piratería a pequeña escala. Los Estados Unidos no han cumplido esa obligación.

C. LA OBLIGACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 61 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

19. La principal tarea del Grupo Especial en esta diferencia relativa al artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC es determinar el sentido de los términos "escala comercial". Contrariamente a lo que afirman los Estados Unidos, China se ha atenido estrictamente a las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al explicar el sentido de "escala comercial".

1. Sentido corriente de "escala comercial"

20. Los Estados Unidos no han propuesto un sentido corriente razonable y sostenible de "escala comercial". Su afirmación de que la escala comercial abarca cualquier actividad emprendida para obtener beneficios financieros no resiste una investigación. Los Estados Unidos tampoco han podido refutar eficazmente la alegación de China de que la "escala comercial" representa un criterio amplio que alude a una magnitud significativa de actividad.

a) Los Estados Unidos no han presentado una definición razonable de "escala comercial"

21. Los Estados Unidos presentan definiciones incoherentes de los términos "escala comercial". En sus anteriores comunicaciones presentaron una definición de "escala comercial" que incluía cualquier actividad emprendida para obtener ganancias financieras. Sin embargo, también han hecho declaraciones incompatibles con esa definición, manteniendo que lo que constituye una actividad a escala comercial puede variar en distintas situaciones en función de diversos factores.

22. La definición de "escala comercial" adoptada por los Estados Unidos también sirve para eliminar la palabra "escala" de esa expresión, convirtiéndola en sinónimo de "fines comerciales" o "comercial". Esa definición supone una nueva redacción del texto del artículo 61 con términos que se distinguieron y rechazaron expresamente en los debates en la OMPI y la negociación del Acuerdo sobre los ADPIC.

23. Contrariamente a lo que afirman los Estados Unidos, las definiciones en los diccionarios de términos individuales en una expresión combinada no definen concluyentemente el "sentido corriente" al que alude el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena, y la falta de una definición de la expresión combinada en un diccionario tampoco es determinante. La prueba fundamental para determinar el sentido corriente es la manera en que las palabras suelen utilizarse. China ha presentado numerosos ejemplos de uso de "escala comercial" en referencia a una magnitud significativa de actividad, mientras que los Estados Unidos no han presentado un solo ejemplo del uso que proponen.

24. El Grupo Especial debe también tomar nota de la gran variedad de definiciones propuestas para la expresión "escala comercial" a lo largo de este procedimiento. Esa variedad pone de manifiesto que se quiso que la expresión fuera flexible y susceptible de distintas interpretaciones, así como la pertinencia e importancia del principio jurídico *in dubio mitius*. Habida cuenta de esas interpretaciones contradictorias, y de la aparente ambigüedad o vaguedad subyacente, la expresión "escala comercial" debe interpretarse prudentemente y de manera que afecte lo mínimo a la soberanía de los Miembros.

b) El sentido corriente de "escala comercial" es -en términos amplios- el de magnitud significativa de actividad

25. China sostiene que la prueba fundamental para determinar el sentido de "escala comercial" debe ser la manera en que esa expresión realmente se utiliza, y presenta una definición de "escala comercial" que es compatible con todas las pruebas disponibles. Los ejemplos presentados por China demuestran que los gobiernos por lo general entienden que "escala comercial" alude a una magnitud significativa de actividad -no a una actividad económica a pequeña escala-.

26. China presenta una aclaración de la condición jurídica de la definición de "escala comercial" dada por el Comité de Expertos sobre medidas de lucha contra la falsificación y la piratería de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ("Comité de la OMPI"). La definición del Comité de la OMPI no es simplemente mera parte del historial de negociación al que alude el artículo 32 de la Convención de Viena; no es un "sentido especial" con arreglo al párrafo 4 del artículo 31 de dicha Convención; y no es formalmente parte del Acuerdo sobre los ADPIC. Antes bien, la definición del Comité de la OMPI es un ejemplo destacable del uso común de esa expresión, que revela su "sentido corriente" en el tratado con arreglo al párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena.

27. Las Disposiciones Tipo para leyes nacionales del Comité de la OMPI contradicen la afirmación de los Estados Unidos de que cualquier acto realizado para obtener ganancias financieras constituye escala comercial: indican que la "voluntad de obtener un beneficio" sólo es uno entre varios factores. El Comité de la OMPI propone una definición que es flexible, cuando los Estados Unidos aparentemente tratan de imponer un criterio específico. La definición del Comité de la OMPI

también contradice la afirmación de los Estados Unidos de que la "escala comercial" abarca incluso actividades a muy pequeña escala.

28. Los Estados Unidos acusan a China de sustituir "escala comercial" por "escala industrial", y aducen que si los redactores del Acuerdo sobre los ADPIC hubieran querido que el artículo 61 se aplicara únicamente a las actividades a escala industrial, habrían utilizado esas palabras. Sin embargo, los Estados Unidos describen erróneamente la posición de China en dos aspectos: China no cree que "escala comercial" fije un criterio tan elevado como "escala industrial", y nunca han descrito esa expresión en esos términos; y China sostiene que "escala comercial" es un criterio sustancialmente más amplio que "escala industrial", y que probablemente se escogió precisamente porque tiene esas características.

c) Aclaración del criterio de la "escala comercial": la repercusión de la infracción, el precio de la mercancía infractora y el papel de la tecnología no son consideraciones pertinentes

29. China aclara también tres elementos concretos del criterio de la "escala comercial". En primer lugar, el texto del artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC alude a la "escala comercial" como una medida de la actividad infractora, no de la repercusión de la infracción. Por consiguiente, interpretar que "escala comercial" mide la repercusión de la infracción para el titular del derecho sería una interpretación abusiva del texto del Acuerdo.

30. En segundo lugar, los Estados Unidos no han justificado su afirmación de que al medir la actividad "a escala comercial" debe tenerse en cuenta la repercusión del acto infractor para el titular del derecho. Si la "escala comercial" a que se alude en el artículo 61 mide debidamente la actividad infractora, es sensato que los Miembros utilicen el precio infractor -que mide el valor de la actividad infractora- al determinar el umbral de la "escala comercial".

31. En tercer lugar, aunque varias partes han sugerido que la definición de la "escala comercial" en el artículo 61 debe cambiar para reflejar los cambios en la tecnología, China no cree que sea adecuado o necesario introducir cambio alguno en la obligación jurídica enunciada en esa disposición. Los cambios significativos tienen que abordarse en el contexto de nuevos acuerdos internacionales. Además, lo cierto es que la evolución de la tecnología no ha socavado el criterio de la escala comercial. A medida que la tecnología ha mejorado, una proporción mucho mayor de actividad infractora ha quedado sujeta a la imposición de medidas penales.

2. El contexto jurídicamente pertinente del artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC pone de manifiesto que la "escala comercial" es un criterio amplio y flexible

32. Con arreglo al párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. China presenta varios factores contextuales que socavan la afirmación de los Estados Unidos de que el artículo 61 impone a los Miembros una obligación sumamente específica.

33. En primer lugar, contrariamente a lo que afirman los Estados Unidos, China no invoca el párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 5 del artículo 41 como defensa frente a la obligación impuesta por el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. Por el contrario, China ha puesto reiteradamente de relieve el párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 5 del artículo 41 como contexto pertinente del artículo 61 al determinar el alcance de su obligación sustantiva. El párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 5 del artículo 41 fueron concesiones cruciales para el mundo en desarrollo, que los Estados Unidos y otros terceros participantes desarrollados tratan ahora de desestimar y descartar. Los artículos citados aconsejan firmemente que no se interprete que el artículo 61 impone la obligación de aplicar medidas penales a cualquier acto emprendido con ánimo de lucro, ya que ese criterio sería

incompatible con el sistema jurídico de China y obligaría a desviar recursos para procurar la observancia.

34. En segundo lugar, uno de los terceros participantes aduce que las frases segunda, tercera y cuarta del artículo 61 utilizan términos flexibles, mientras que la primera frase contiene una norma rígida que obliga a los Miembros de la OMC a establecer sanciones penales contra la falsificación dolosa y la infracción, lo que implica que la primera frase no permite flexibilidad alguna. Este argumento debe rechazarse, porque el artículo 61 no establece una "norma rígida" en cuanto al alcance de la "escala comercial". Además, la segunda frase proporciona flexibilidad para determinar el castigo elegido. Si se interpretara que la primera frase obliga a un Miembro a aplicar medidas penales a las infracciones de bajo nivel, la flexibilidad reconocida de la segunda frase -que sugiere que en algunos sistemas de derecho penal un delito de bajo nivel no tiene que estar sujeto a ningún castigo- crearía una contradicción. La segunda frase del artículo 61 es, por tanto, un contexto realmente pertinente: su propia flexibilidad demuestra que es erróneo interpretar el artículo 61 en el sentido de que impone un criterio estricto y específico.

35. En tercer lugar, China presenta otros factores contextuales que merecen ser tenidos en cuenta en cualquier examen del sentido de "escala comercial". Ni el Acuerdo sobre los ADPIC ni el Convenio de Berna contienen definiciones completas de la "falsificación de marcas de fábrica o de comercio" o la "piratería lesiva del derecho de autor". Además, la amplitud y vaguedad de los términos utilizados en el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC contrasta vivamente con las muy detalladas disposiciones enunciadas en los artículos 42 a 49 de dicho Acuerdo, así como en partes pertinentes del Acuerdo Antidumping y el Acuerdo SMC. Cuando los redactores de instrumentos de la OMC quisieron establecer criterios exactos, lo hicieron inequívocamente. La falta de esa claridad en el artículo 61 sugiere que no hubo esa intención. Esos ejemplos aconsejan no interpretar que "escala comercial" establece un criterio rígido y exacto, pese a lo cual los Estados Unidos aún no han abordado ninguno de esos factores.

3. El objeto y fin del Acuerdo sobre los ADPIC confirma que "escala comercial" es un criterio amplio y flexible

36. El párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena estipula que, además del contexto, para determinar el sentido de un tratado deberá tenerse en cuenta "su objeto y fin". La finalidad del Acuerdo sobre los ADPIC era equilibrar la protección de los derechos de propiedad intelectual con la deferencia a los sistemas jurídicos de los Miembros y sus objetivos de política pública. Ese equilibrio -entre la observancia efectiva de los derechos de propiedad intelectual y la deferencia a los Miembros- es compatible con la interpretación de "escala comercial" en el artículo 61 como un criterio amplio y flexible.

4. La práctica ulteriormente seguida por los signatarios del Acuerdo sobre los ADPIC demuestra que la escala comercial es un criterio amplio que alude a una magnitud significativa de actividad

37. El párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena estipula que las partes deberán tener en cuenta toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. La práctica ulteriormente seguida por los signatarios del Acuerdo sobre los ADPIC también confirma que nunca se entendió que "escala comercial" aludía a cualquier actividad emprendida con ánimo de lucro.

38. En primer lugar, la práctica de los Estados Unidos por lo que respecta al cumplimiento del artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC demuestra que implícitamente han entendido que "escala comercial" alude a una magnitud significativa, como se pone de manifiesto en un manual del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y en casos de enjuiciamiento relacionados con la propiedad intelectual en los Estados Unidos. El artículo 61 dispone que los Miembros "establecerán

procedimientos y sanciones penales ... para". Un examen de una muestra de enjuiciamientos federales estadounidenses demuestra que en todos los 60 asuntos relacionados con piratería lesiva del derecho de autor sobre los que hay información por lo que respecta al valor de las mercancías, las autoridades estadounidenses aplicaron procedimientos penales a los actos que representaban una infracción mínima de 2.000 dólares. Dado que los Estados Unidos aplican sus leyes penales en materia de DPI contra actos de falsificación y piratería a gran escala, la práctica estadounidense demuestra que la infracción "a escala comercial" es una infracción a gran escala.

39. En segundo lugar, el Canadá ha definido explícitamente el criterio de la "escala comercial" en el sentido de que alude a infracciones a gran escala. A pesar de sus débiles protestas en contrario, la práctica del Canadá, en virtud de su política de observancia del derecho de autor, ha consistido en aplicar medidas penales únicamente a los delitos a gran escala.

40. En tercer lugar, los Estados Unidos aún no han abordado el argumento de China de que en una serie de acuerdos de libre comercio posteriores al Acuerdo sobre los ADPIC los Estados Unidos han incluido una definición expresa de "escala comercial" como "infracciones dolosas con fines de ventaja o ganancia comercial", lo que constituye una desviación significativa del criterio de la "escala comercial".

5. El historial de negociación del Acuerdo sobre los ADPIC confirma que se quiso que "escala comercial" representara un criterio amplio referido a una magnitud significativa de actividad

41. El artículo 32 de la Convención de Viena dispone que se podrá acudir a medios de interpretación complementarios para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31. Esto puede incluir los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración. El historial de negociación es adecuado para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, pese a lo cual los Estados Unidos aún no lo han abordado.

42. La definición de "escala comercial" del Comité de la OMPI fue la base de la redacción definitiva del artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. Las delegaciones en la sesión plenaria de la OMPI distinguieron expresamente "escala comercial" de "para fines comerciales" y "para obtener ganancias comerciales". Las partes negociadoras del Acuerdo sobre los ADPIC rechazaron los esfuerzos desplegados tanto por los Estados Unidos como por el Canadá para sustituir "escala comercial" por "comercial". Por tanto, entendieron claramente que esos términos tienen distintos sentidos, y evidentemente no hicieron suyo el sentido de "comercial".

D. CHINA HA CUMPLIDO PLENAMENTE LAS OBLIGACIONES QUE LE CORRESPONDEN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 61 DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

43. China ha cumplido la obligación que le corresponde en virtud del artículo 61 estableciendo medidas penales contra las infracciones "a escala comercial". Pese a que los Estados Unidos argumentan lo contrario, China lo ha hecho de manera adecuada a su contexto jurídico y comercial.

1. China ha aplicado el artículo 61 en el contexto jurídico y comercial de China

44. El Grupo Especial debe en primer lugar examinar si los umbrales penales para DPI de China son adecuados dentro de la estructura de la legislación china. China establece umbrales penales para infracciones de la propiedad intelectual paralelos a los aplicables a otras actividades ilícitas. Los Miembros tienen derecho a aplicar, en la medida de lo posible, las obligaciones que les corresponden en virtud del artículo 61 en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos (párrafo 1 del artículo 1), y de manera que evite la desviación de los recursos para la observancia de la ley en general (párrafo 5 del artículo 41). Además, en la segunda frase del artículo 61 se encomienda a los Miembros que apliquen sanciones penales que sean coherentes con las aplicadas a otros delitos. Por

tanto, contrariamente a lo que afirman los Estados Unidos, la manera en que las leyes penales de China para los DPI encajan en la estructura más amplia del ordenamiento jurídico de China es crucial para determinar si China aplica el criterio de la "escala comercial" de buena fe.

45. La segunda cuestión es si los umbrales de China son adecuados en el contexto del comercio chino. El umbral de 50.000 RMB (6.900 dólares EE.UU.) establecido por China para el volumen de las actividades comerciales ilegales es inferior al 1 por ciento de los ingresos anuales de empresas industriales que son oficialmente "de menor tamaño", e inferior al 25 por ciento de los ingresos anuales de las operaciones comerciales individuales o domésticas (la unidad económica más pequeña que China puede encontrar). China ha establecido umbrales penales que captan las infracciones de la propiedad intelectual a cualquier escala razonable. Además, la medida de los ingresos per cápita propuesta por los Estados Unidos no es adecuada para las actividades a escala comercial. La "escala comercial" no es una medida de lo que ganan los individuos, sino una medida de las actividades comerciales. El PIB per cápita no es una medida relacionada con las actividades comerciales, y mucho menos con las actividades "a escala comercial".

2. El artículo 61 no obliga a otorgar a las autoridades de los Miembros facultades sumamente discrecionales para velar por la observancia

46. Las palabras "escala comercial" representan un criterio amplio y flexible, y la definición de esas palabras propuesta por el Comité de la OMPI sugería que para aplicarlas podrían tenerse en cuenta diversos factores. Esto no significa que el Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los Miembros a adoptar un criterio sumamente discrecional, sino simplemente que los Miembros tienen flexibilidad al adoptarlo.

47. La definición de "escala comercial" del Comité de la OMPI es un ejemplo destacado del uso común de esas palabras, y las partes que negociaron el Acuerdo sobre los ADPIC se apoyaron en ella. Sin embargo, la definición del Comité de la OMPI no es formalmente parte del Acuerdo sobre los ADPIC. Por tanto, el Grupo Especial debe rechazar cualquier exhortación a incorporar a dicho Acuerdo la definición del Comité de la OMPI.

48. Con arreglo al párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros tienen derecho a cumplir sus obligaciones de conformidad con su propio sistema y práctica jurídicos. Actuando en el ámbito de sus facultades soberanas y de conformidad con su sistema jurídico, los Miembros pueden tener intereses legítimos en la reglamentación uniforme de las actividades ilegales que afectan a distintos mercados, productos, operadores y regiones. Los sistemas legales de los Miembros también pueden ser incompatibles con la noción del arbitrio judicial vigente en otros países. Por tanto, aunque el concepto de la "escala comercial" permitiría adoptar criterios sumamente discrecionales, el Acuerdo sobre los ADPIC no lo requiere, y en lugar de ello se pronuncia en favor de criterios que sean compatibles con el razonable arbitrio de los Miembros y conformes a su sistema y práctica jurídicos.

3. Los ejemplos hipotéticos no demuestran que China ha incumplido el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC

49. Los Estados Unidos y varias otras partes han presentado una confusa gama de ejemplos hipotéticos en un intento por demostrar que China no cumple el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esos ejemplos hipotéticos no demuestran tal cosa. Los Estados Unidos, como parte reclamante, tienen que presentar pruebas de que la legislación china realmente se aplica de manera que excluye una categoría de infracciones que satisface el criterio de la "escala comercial". Los ejemplos hipotéticos no son pruebas suficientes. Además, los ejemplos hipotéticos presentados en el curso de este procedimiento están muy viciados y describen mal la legislación china.

III. SEGUNDA ALEGACIÓN: LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR CHINA PARA LA ELIMINACIÓN DE LAS MERCANCÍAS CONFISCADAS SON COMPATIBLES CON LAS OBLIGACIONES QUE LE CORRESPONDEN EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

50. Los Estados Unidos no han demostrado que la estructura jurídica de la Aduana de China es, por lo que respecta al trato de las mercancías confiscadas, incompatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. No han demostrado que la Aduana china no está debidamente facultada para eliminar las mercancías apartándolas de los circuitos comerciales de manera que se evite causar daños al titular del derecho, o que la Aduana china carece de las facultades de destrucción que requiere el Acuerdo. Los Estados Unidos tampoco han demostrado que el recurso de la Aduana china a las subastas públicas -en conjunción con la retirada de todas las características infractoras y la utilización de un precio de reserva para impedir cualquier beneficio económico para el infractor- es incompatible con la cuarta frase del artículo 46. China ha cumplido plenamente y de buena fe las obligaciones relativas a las mercancías confiscadas que le impone el Acuerdo sobre los ADPIC.

A. CHINA CUMPLE PLENAMENTE LO DISPUESTO EN LA PRIMERA FRASE DEL ARTÍCULO 46 TAL COMO EL ARTÍCULO 59 LO APLICA A LA ADUANA CHINA

51. La primera frase del artículo 46, a la que se remite el artículo 59, impone a los Miembros dos obligaciones. En primer lugar, deberán facultar a sus organismos aduaneros para eliminar las mercancías infractoras apartándolas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho. En segundo lugar, deberán facultar a sus organismos aduaneros para destruir las mercancías infractoras. China ha cumplido la primera obligación facultando a la autoridad aduanera competente para donar las mercancías infractoras confiscadas a organizaciones de bienestar social o para concertar una transacción de venta voluntaria con el titular del derecho que desee adquirir las mercancías. Ha cumplido la segunda obligación otorgando a su Aduana las facultades adecuadas para destruir las mercancías infractoras. Satisfechas plenamente esas dos obligaciones, el Acuerdo sobre los ADPIC no impide a China permitir que su Aduana recurra a otros métodos de eliminación.

1. Los Estados Unidos no han establecido que la Aduana carece de facultades de eliminación

52. Los Estados Unidos no han demostrado que la Aduana china carece de facultades para eliminar las mercancías infractoras apartándolas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho. Siempre que la Aduana pueda recurrir a un método que efectivamente evita causar daños al titular del derecho, estará genuinamente facultada para eliminar las mercancías infractoras apartándolas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho, de manera compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC.

a) La donación a organizaciones de bienestar social es un reflejo de las facultades de eliminación previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC

53. La Aduana china está facultada para donar las mercancías confiscadas a la Sociedad de la Cruz Roja de China ("Cruz Roja"), así como a otras organizaciones de bienestar social de manera que se evite causar daños al titular del derecho. La Aduana sólo puede donar mercancías que sean adecuadas para fines de bienestar social (no mercancías de lujo o defectuosas); y la Aduana está jurídicamente obligada a asegurarse de que las mercancías donadas son utilizadas debida y únicamente por organizaciones de bienestar social. La legislación china estipula que las donaciones a otras organizaciones de bienestar social deben permanecer apartadas de los circuitos comerciales. Los Estados Unidos no han presentado al Grupo Especial prueba alguna de que el régimen de donaciones a la Cruz Roja y otras organizaciones de beneficencia hayan causado algún daño a los titulares de derechos.

54. Con arreglo a la legislación china, las organizaciones de bienestar social no están autorizadas a vender las mercancías infractoras donadas por la Aduana. Por tanto, la donación de todas esas mercancías evita que se causen daños al titular del derecho.

55. Además, el memorándum jurídicamente vinculante entre la Aduana y la Cruz Roja garantiza que las mercancías donadas se utilicen exclusivamente para fines de bienestar social. La Aduana está claramente facultada para ordenar la donación de mercancías infractoras a la Cruz Roja, y en consecuencia, por definición, para ordenar que esas mercancías se eliminen apartándolas de los circuitos comerciales de manera que se evite causar daños al titular del derecho.

b) La transferencia a los titulares de los derechos refleja las facultades de eliminación previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC

56. La Aduana china también está facultada para vender las mercancías confiscadas a un titular del derecho interesado. Este método de eliminación evita claramente que se cause daños al titular del derecho, porque éste no compraría voluntariamente las mercancías si la transacción no le beneficiara.

2. Los Estados Unidos no han establecido que la Aduana carece de facultades de destrucción

57. Los Estados Unidos tampoco han demostrado que la Aduana china carece de facultades para ordenar la destrucción de las mercancías infractoras. China ha otorgado a la Aduana las facultades de destrucción adecuadas en el sentido de los artículos 46 y 59 del Acuerdo sobre los ADPIC.

a) El Acuerdo sobre los ADPIC no requiere que se otorguen facultades absolutas

58. Los Estados Unidos afirman que las "facultades" requeridas por el Acuerdo sobre los ADPIC tienen que ser absolutas e incondicionales. Esa afirmación está en contradicción con la práctica de los Estados Unidos y otros Miembros, con los argumentos presentados por los Estados Unidos en otra etapa de este procedimiento y con una amplia variedad de reglamentaciones gubernamentales legítimas. La alegación de los Estados Unidos -que China no puede supeditar a condición alguna las facultades de destrucción que otorga a su Aduana- es insostenible a la luz de cualquier interpretación razonable del Acuerdo sobre los ADPIC.

b) Las facultades de destrucción otorgadas a la Aduana china constituyen un otorgamiento adecuado de facultades con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC

59. Todas las pruebas que el Grupo Especial tiene ante sí sugieren que las "facultades" a que aluden los artículos 46 y 59 del Acuerdo sobre los ADPIC pueden estar debidamente sujetas a condiciones. Hasta la fecha los Estados Unidos no han presentado ningún argumento que demuestre que las facultades de destrucción de la Aduana china no son adecuadas con arreglo al Acuerdo. China destaca cuatro factores para contribuir al análisis pertinente.

i) *Arbitrio*

60. La Aduana disfruta de considerable arbitrio para determinar subjetivamente si una mercancía infractora satisface los criterios concernientes a cada método de eliminación y, en consecuencia, si debe ser destruida. Una vez que la Aduana determina que una mercancía infractora satisface los criterios aplicables a un método de eliminación, está jurídicamente obligada a proceder a esa eliminación.

ii) Autonomía

61. La Aduana goza de total autonomía para hacer las determinaciones pertinentes a si una mercancía infractora debe ser destruida. Sus decisiones no están sujetas a la aprobación de alguna tercera parte que en la práctica pudiera restringir las facultades del organismo.

iii) Intereses públicos legítimos

62. Cada una de las prioridades obedece a intereses públicos legítimos compatibles con las facultades soberanas que el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC otorga a China, como preferir que las mercancías se dediquen a finalidades socialmente útiles mediante su donación a organizaciones de beneficencia.

iv) Los principios de los artículos 46 y 59 del Acuerdo sobre los ADPIC

63. Los cuatro métodos de eliminación aplicados por la Aduana son compatibles con los principios establecidos en los artículos 46 y 59 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque disuaden eficazmente de la infracción y evitan causar daños al titular del derecho.

3. El Acuerdo sobre los ADPIC permite a los Miembros subastar públicamente mercancías anteriormente infractoras, además de eliminarlas y destruirlas

64. China ha cumplido la obligación que le impone la primera frase del artículo 46, incorporada al artículo 59, de otorgar a la Aduana las facultades de eliminación y destrucción adecuadas. Con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros tienen todo el derecho a ofrecer a sus organismos aduaneros opciones de eliminación distintas de la eliminación fuera de los circuitos comerciales y la destrucción.

a) Los Estados Unidos reconocen ahora que la subasta pública es compatible con la primera frase del artículo 46

65. Con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC, los Miembros tienen claramente el derecho a permitir que sus organismos aduaneros celebren subastas públicas. Si un Miembro otorga facultades de eliminación y destrucción, también podrá permitir la subasta pública, de manera compatible con la primera frase del artículo 46. Así lo han reconocido ahora los Estados Unidos.

b) La subasta pública es compatible con los principios establecidos en la primera frase del artículo 46

66. El procedimiento de subasta pública empleado por la Aduana china es plenamente compatible con los principios del artículo 46. En primer lugar, la subasta pública tiene efectos de disuasión de la infracción no inferiores a los de la donación o la destrucción; la utilización por la Aduana de un precio de reserva en la subasta garantiza que los infractores no tengan la oportunidad de recuperar a bajo precio las mercancías confiscadas y utilizarlas para seguir desarrollando actividades de falsificación. En segundo lugar, la subasta pública de mercancías confiscadas no causa al titular del derecho más daños que la donación o la destrucción. La Aduana sólo subasta públicamente mercancías confiscadas después de retirar todas las características infractoras, a fin de evitar que se causen daños al titular del derecho.

B. CHINA CUMPLE PLENAMENTE TODAS LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LA CUARTA FRASE DEL ARTÍCULO 46, TAL COMO SE APLICA EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 59 -Y LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN PRESENTADO NINGUNA PRUEBA EN CONTRARIO-

67. China cumple plenamente el artículo 59. Los Estados Unidos no han demostrado que la cuarta frase del artículo 46 está incorporada al artículo 59, y en consecuencia es aplicable a la Aduana china. Además, incluso si se interpretara que la cuarta frase del artículo 46 es aplicable, las medidas de la Aduana china satisfacen esa disposición.

1. La cuarta frase del artículo 46 no está incorporada al artículo 59

68. Los Estados Unidos afirman equivocadamente que la cuarta frase del artículo 46 está incorporada al artículo 59. Los principios pertinentes del artículo 46 -que están incorporados al artículo 59- son los relacionados con las facultades para disponer la eliminación o la destrucción. La cuarta frase del artículo 46 no otorga ninguna facultad para eliminar o destruir, y no detalla la exigencia de facultades. Antes bien, enuncia las circunstancias en las que las autoridades nacionales pueden disponer de las mercancías infractoras dentro de los circuitos comerciales.

2. China cumple plenamente lo dispuesto en la cuarta frase del artículo 46

69. Aunque se interpretara que la cuarta frase del artículo 46 está incorporada al artículo 59, China estaría cumpliendo plenamente. La Aduana china cumple lo dispuesto en la cuarta frase del artículo 46 porque adopta medidas que van más allá de la simple retirada de la marca para impedir que las mercancías confiscadas queden de nuevo, a bajo costo, en poder de los infractores. La interpretación de la cuarta frase propugnada por los Estados Unidos es incompatible con su texto.

a) La cuarta frase del artículo 46 prohíbe la recuperación a bajo costo de las mercancías confiscadas por los infractores que les permitiría obtener un beneficio indebido

70. Los Estados Unidos aducen erróneamente que la cuarta frase del artículo 46 prohíbe categóricamente la colocación de las mercancías falsificadas infractoras en los circuitos comerciales salvo en "casos excepcionales". Si las autoridades adoptan medidas que van más allá de la simple retirada de la marca infractora y que por tanto impiden que los infractores recuperen a bajo costo las mercancías confiscadas, las autoridades podrán disponer de esas mercancías colocándolas en los circuitos comerciales.

71. En primer lugar, la cuarta frase del artículo 46 no limita la colocación de las mercancías falsificadas confiscadas a "casos excepcionales". Los Estados Unidos interpretan mal el texto de la cuarta frase del artículo 46 en el sentido de que limita exclusivamente a casos excepcionales la colocación de las mercancías falsificadas confiscadas. La cuarta frase no impone una prohibición, sino más bien un umbral que, cuando se satisface mediante medidas que van más allá de "la simple retirada de la marca apuesta ilícitamente", permite la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales.

72. En segundo lugar, el objetivo y el sentido corriente de la cuarta frase del artículo 46, y especialmente del término "colocación", no se centran en la venta pública de la mercancía confiscada, sino en la recuperación de la mercancía por el infractor, que podría introducirla una vez más en los circuitos comerciales.

73. De manera análoga, los "casos excepcionales" que están exentos de lo dispuesto en la cuarta frase del artículo 46 -y la restricción de la colocación de las mercancías confiscadas- aluden a la recuperación de las mercancías confiscadas por el infractor. Si esa excepción concierne

exclusivamente a la recuperación de las mercancías confiscadas por los infractores, lo mismo ocurre con el alcance de la restricción misma.

74. En tercer lugar, la cuarta frase del artículo 46 tiene por objeto impedir que los infractores puedan recuperar a bajo costo mercancías confiscadas a las que sólo se les han retirado las marcas. Los antecedentes de negociación ponen de manifiesto que la finalidad de la cuarta frase del artículo 46 es asegurarse de que las autoridades impidan que los infractores obtengan beneficios económicos de las mercancías, no prohibir el retorno de las mercancías confiscadas a los circuitos comerciales.

b) La Aduana china satisface lo dispuesto en la cuarta frase del artículo 46

75. La Aduana china cumple todas las obligaciones establecidas en la cuarta frase del artículo 46 porque antes de la subasta pública adopta medidas que van más allá de la mera retirada de la marca infractora y, en consecuencia, impide que los infractores recuperen a bajo costo las mercancías confiscadas: elimina todas las características infractoras, y no sólo la marca de comercio infractora; recaba formalmente observaciones del titular del derecho; y, aún más importante, establece un precio de reserva, basado en la estimación de un experto, para la subasta pública de las mercancías confiscadas. Esas medidas satisfacen claramente el umbral de suficiencia establecido en la cuarta frase del artículo 46 para permitir la colocación de las mercancías en los circuitos comerciales mediante subasta pública.

IV. TERCERA ALEGACIÓN: LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR CHINA PARA LA PROTECCIÓN Y OBSERVANCIA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS SON COMPATIBLES CON LAS OBLIGACIONES QUE LE CORRESPONDEN EN VIRTUD DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

76. En su tercera alegación, la afirmación central de los Estados Unidos siempre es que, como consecuencia del párrafo 1 del artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor de China, China no protege el derecho de autor para obras que se encuentran en varias etapas de examen de su contenido. De hecho, como China ha demostrado, el intento de los Estados Unidos de vincular el párrafo 1 del artículo 4 con los procesos de examen del contenido de China adolece de vicios insubsanables.

77. China observa que ahora parece que los Estados Unidos aducen que el párrafo 1 del artículo 4 constituye, por sus propios términos, una infracción del Acuerdo sobre los ADPIC. También esta aseveración está viciada. China ha demostrado que las facultades soberanas para prohibir obras, reconocidas en el artículo 17 del Convenio de Berna, de hecho permiten a los signatarios del Acuerdo sobre los ADPIC mantener una disposición jurídica como el párrafo 1 del artículo 4. China observa asimismo que los Estados Unidos no han demostrado que el párrafo 1 del artículo 4 tenga algún efecto perjudicial para la protección del derecho de autor en China.

A. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN ACREDITADO UNA PRESUNCIÓN *PRIMA FACIE* POR LO QUE RESPECTA A PRÁCTICAMENTE TODAS LAS TEORÍAS JURÍDICAS PRESENTADAS EN SU TERCERA ALEGACIÓN

78. Para el conjunto de las teorías de los Estados Unidos relativas al examen del contenido (a las que en esta sección se hace referencia colectivamente como las "teorías de los Estados Unidos sobre el examen del contenido"), los Estados Unidos no han presentado al Grupo Especial ninguna prueba justificativa. En contraste, el Grupo Especial recibió de China pruebas significativas que contradicen las teorías de los Estados Unidos. Como consecuencia de ello, el Grupo Especial tiene ante sí una situación caracterizada por el hecho de que los Estados Unidos han hecho alegaciones con respecto a las cuales no han presentado ninguna prueba justificativa. Con arreglo a las normas de la OMC, los Estados Unidos no han acreditado una presunción *prima facie*.

1. La normativa de la OMC requiere que se dicte una resolución contra una parte reclamante que no haya acreditado una presunción *prima facie*

79. Los Estados Unidos han presentado una impugnación contra el párrafo 1 del artículo 4 "en sí mismo". El Órgano de Apelación ha afirmado que parte "del supuesto" de que las medidas que son objeto de impugnación "en sí mismas" "habrán sido sometidas conforme al derecho interno a un estudio ... para asegurar su compatibilidad con las obligaciones internacionales del Miembro", y que habrá tanto una presunción como firmes expectativas de que una medida "no sea incompatible con esas obligaciones".

2. Las teorías sobre el examen del contenido de los Estados Unidos dan por sentado que la protección del derecho de autor está supeditada al examen del contenido, pero los Estados Unidos no han presentado ninguna prueba que respalde esa alegación

80. En su Primera comunicación escrita, los Estados Unidos alegaron erróneamente que China no protegerá el derecho de autor para 1) las obras que están en espera de los resultados del examen del contenido, 2) las versiones no editadas de obras que han sido editadas para satisfacer el examen del contenido, 3) las obras que no han satisfecho el examen de contenido, y 4) las obras que nunca han sido sometidas a examen.

81. La obligación de demostrar que el párrafo 1 del artículo 4 opera en virtud del sistema de licencias previas a la publicación recae clara y concretamente sobre los Estados Unidos en cuanto que éstos afirman sus teorías sobre el examen del contenido.

82. En ningún momento han citado los Estados Unidos una sola fuente que respalde su afirmación. Apparently suponen que la cuestión es evidente a la luz del texto. Sin embargo, el texto del párrafo 1 del artículo 4 nada dice sobre el examen del contenido, y el reglamento sobre el examen del contenido nada dice sobre el derecho de autor. De hecho, los términos que figuran en el texto no respaldan en modo alguno las teorías de los Estados Unidos sobre el examen del contenido.

3. La alegación de los Estados Unidos de que China deniega la protección del derecho de autor para obras cuya distribución en China aún no ha sido autorizada es demostrablemente falsa: los Estados Unidos no han acreditado una presunción *prima facie* en apoyo de su alegación

83. China no está obligada a demostrar que su legislación es compatible con las normas de la OMC. Esa carga recae sobre los Estados Unidos. La carga sólo se desplaza en la fase de réplica sobre la parte demandada si la parte reclamante ha acreditado suficientemente una presunción *prima facie*. Pese a ello, China ha presentado al Grupo Especial y a los Estados Unidos amplias pruebas fácticas y un análisis jurídico que demuestra el funcionamiento de sus leyes.

a) China ha presentado un amplio análisis jurídico, con pruebas justificativas, para demostrar que la protección del derecho de autor no está supeditada al examen del contenido

84. El proceso de examen del contenido sigue estando, desde la perspectiva administrativa, separado del derecho de autor. Como China explicó en detalle en su Primera comunicación escrita y en su respuesta a las preguntas del Grupo Especial, el examen del contenido está a cargo de diversos organismos dependientes del Consejo de Estado. Los organismos dependientes del Consejo de Estado competentes para el examen del contenido no aplican el párrafo 1 del artículo 4 ni gestionan en modo alguno las leyes sobre derecho de autor.

- b) Los dictámenes Zheng Haijin confirman que el derecho de autor de las obras está protegido con independencia de su situación en el proceso de aprobación de la publicación

85. La afirmación de los Estados Unidos de que las obras que aún no han sido examinadas están prohibidas por ley es simplemente falsa. Para ilustrar ese hecho, China presentó análisis del asunto *Zheng Haijin* en su Primera comunicación escrita. El significado fundamental del asunto *Zheng Haijin* es que incluso si una obra ha infringido reglamentos relativos a la publicación -por ejemplo, si se ha distribuido sin licencia o sin que se haya completado el examen obligatorio- esa obra sigue estando protegida por la Ley de Derecho de Autor siempre que su contenido no sea ilícito.

- c) La afirmación de los Estados Unidos de que las medidas para velar por la observancia adoptadas por la NCAC en *Shrek II* no estaban autorizadas por la Ley de Derecho de Autor es demostrablemente falsa

86. En su Primera comunicación escrita, los Estados Unidos presentaron la teoría de que en *Shrek II* la NCAC adoptó medidas basadas en leyes sobre la competencia desleal y no en la Ley de Derecho de Autor. Partiendo de esa observación errónea, los Estados Unidos sacaron la conclusión de que la NCAC no actuó de conformidad con la Ley de Derecho de Autor, porque la obra *Shrek II* no había sido todavía examinada, por lo que no podía disfrutar de la protección del derecho de autor. China ha demostrado lo contrario: la NCAC no sólo podía adoptar, sino que adoptó medidas de conformidad con la Ley de Derecho de Autor. China aclaró esta cuestión en su Primera comunicación escrita.

- B. CON INDEPENDENCIA DE LA CUESTIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, CHINA HA DEMOSTRADO QUE NO SUPEDITA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR A UNA FORMALIDAD

87. El derecho de autor nace en China automáticamente, libre de cualquier formalidad. El párrafo 2) del artículo 5 del Convenio de Berna alude a requisitos administrativos como la aposición de una marca, el registro, el depósito o presentación de copias o el pago de gravámenes. China no exige tales cosas a los autores antes del nacimiento del derecho de autor o antes de procurar su observancia. Aunque para algunas obras el examen del contenido puede caracterizarse como una formalidad previa a la publicación, en ningún sentido puede caracterizarse como una formalidad previa al derecho de autor. Las cuestiones relativas a los derechos de autor no se tratan en el marco del sistema de examen del contenido. Como China ha explicado, en el asunto *Zheng Haijin* tanto la NCAC como el Tribunal Supremo del Pueblo afirmaron que con arreglo a la legislación china lo que está en cuestión por lo que respecta al párrafo 1 del artículo 4 es la ilicitud efectiva, y no el proceso de examen del contenido en sí mismo.

- C. LA AFIRMACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE QUE EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE DERECHO DE AUTOR INFRINGE POR SUS PROPIOS TÉRMINOS EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC ES FALSA COMO CUESTIÓN TANTO DE HECHO COMO DE DERECHO

88. El hecho de que los Estados Unidos no hayan podido respaldar sus teorías sobre el examen del contenido les deja sólo un argumento: su afirmación de que el texto del párrafo 1 del artículo 4, con independencia de la manera en que se aplique, infringe el párrafo 1) del artículo 5 del Convenio de Berna y a su vez deniega la aplicación de las medidas de observancia previstas en el párrafo 1 del artículo 41 y el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. Los Estados Unidos no trataron claramente esta cuestión en su Primera comunicación escrita. Ahora parece que sostienen que su alegación primaria siempre se refirió a los términos mismos de la disposición.

1. China reconoce y preserva todos los derechos previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC: el alcance y la aplicación del párrafo 1 del artículo 4 son extremadamente limitados y en nada menoscaban esos derechos

89. La legislación china reconoce y preserva todos los derechos previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC. China reconoce el derecho de autor para todas las categorías de obras literarias y artísticas, y la legislación china garantiza todos los derechos sustantivos previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC, e incluso derechos que van más allá de aquéllos. Como reconocen los Estados Unidos, el artículo 10 de la Ley de Derecho de Autor de China enuncia 17 derechos morales y económicos sustantivos de los que los titulares de derechos de autor pueden disfrutar. Además, con arreglo al artículo 2 de la Ley de Derecho de Autor, China reconoce los derechos de autor para las obras de autores chinos y extranjeros desde el momento de la creación de la obra, sin formalidad o condición previa alguna y con independencia de que la obra haya sido o no haya sido publicada.

90. China solicita respetuosamente al Grupo Especial que reconozca que el párrafo 1 del artículo 4 está en total conformidad con las facultades de censura reconocidas por el artículo 17 del Convenio de Berna. Tanto su repercusión en el mercado como la posible anulación o menoscabo de ventajas para los Miembros son insignificantes.

a) China reconoce y preserva todos los derechos previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC

91. El párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC incorpora los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna y se remite al texto de Berna para una explicación completa de las obligaciones de los Miembros. El artículo 2 de la Ley de Derecho de Autor incorpora directamente a la legislación china los derechos de los autores conferidos por el Convenio de Berna. Siempre que el Convenio de Berna otorga un derecho de autor, ese derecho está protegido por la legislación china. China otorga a los autores todas las protecciones sustantivas del Convenio de Berna, además de otras, en virtud del artículo 10 de la Ley de Derecho de Autor.

b) Debidamente entendidos, el alcance y la aplicación del párrafo 1 del artículo 4 son sumamente limitados y están en total conformidad con los principios soberanos reconocidos por el artículo 17 del Convenio de Berna

92. Debidamente entendido, el párrafo 1 del artículo 4 simplemente reconoce que la protección del derecho de autor no tiene sentido en un determinado contexto: su principio básico es que la legislación china no hará efectivas las protecciones de la Ley de Derecho de Autor para obras cuyo contenido es ilícito.

93. Por consiguiente, el alcance y la aplicación del párrafo 1 del artículo 4 son sumamente limitados. Con arreglo al artículo 2, el derecho de autor para una obra nace sin indagación alguna de si esa obra está prohibida por ley.

94. Con arreglo al párrafo 1 del artículo 4, si alguna parte tiene un derecho legalmente reconocido a explotar la obra, esa parte es el titular del derecho. Si en cualquier momento la obra deja de estar "prohibida por ley", serán el titular del derecho de autor o las personas por él designadas quienes gocen de esa protección.

2. El derecho soberano a prohibir obras está reconocido por el derecho internacional, el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC, y no está limitado por esos acuerdos

95. El artículo 17 del Convenio de Berna reconoce expresamente un dominio soberano preexistente y superior en el que el Acuerdo sobre los ADPIC no puede interferir. Ese dominio es el derecho de los gobiernos soberanos a controlar y prohibir la producción y distribución de determinadas obras. El artículo 17 reconoce ese interés soberano y rechaza efectivamente la jurisdicción de la OMC en ese ámbito. El artículo 17, en cuanto que reserva este aspecto sensible del

poder estatal al soberano, y con arreglo a su sentido corriente, requiere deferencia y una interpretación amplia.

96. El Acuerdo sobre los ADPIC incorpora toda la estructura de derechos sustantivos de Berna junto con el reconocimiento expreso, en el artículo 17, de que esos derechos sustantivos están sometidos al derecho de prohibir inherente del soberano. Por tanto, cuando hay algún conflicto entre los derechos del autor en virtud del Convenio de Berna y el privilegio de censura del soberano en virtud del artículo 17 de dicho Convenio, el segundo prevalece sobre el primero.

3. El artículo 17 del Convenio de Berna requiere deferencia y una interpretación amplia, e incluso si ésta fuera la más estricta posible no se otorgan al contenido prohibido derechos que la legislación china deniegue

97. Aunque se considerara que el artículo 17 del Convenio de Berna limita y define el derecho de un soberano a prohibir obras -lo cual, sostiene China, sería una interpretación incorrecta-, la legislación china no por ello infringe el Convenio de Berna o el Acuerdo sobre los ADPIC. Esto es cierto por dos razones: todos los derechos económicos de los autores en virtud de cualquiera de esos acuerdos están limitados por el artículo 17 del Convenio de Berna, y lo que el derecho fundamental a la observancia previsto en el Acuerdo sobre los ADPIC otorga a los autores es poder para la adopción de "medidas eficaces". La denegación de un derecho privado para restringir la publicación de un contenido que ya ha sido prohibido por el gobierno en modo alguno impide la adopción de medidas "eficaces".

a) Todos los derechos económicos de los autores están limitados por el artículo 17 del Convenio de Berna

98. Los derechos previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC son derechos económicos. Los garantizados en el Convenio de Berna son derechos a autorizar determinados usos de una obra por lo demás admisibles. Todos los derechos económicos afirmativos allí establecidos pueden limitarse de conformidad con el artículo 17.

99. Dado que todos los derechos económicos en virtud del Convenio de Berna están limitados por el artículo 17 de dicho Convenio, la denegación de la protección del derecho de autor para obras ilegales en virtud del párrafo 1 del artículo 4 no puede infringir el párrafo 1) del artículo 5 del Convenio de Berna, y tampoco el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC.

b) En la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC no se contempla ningún derecho a recurrir a medidas de observancia por lo que respecta a las obras prohibidas

100. Los Estados Unidos no han demostrado que China está obligada a otorgar derechos de observancia previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC por lo que respecta a las obras prohibidas, a pesar del argumento expuesto en su Primera comunicación escrita. La obligación fundamental establecida en la Parte III del Acuerdo sobre los ADPIC figura en el párrafo 1 del artículo 41. Ese artículo encomienda a los Miembros que se aseguren de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos "que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo ...".

101. A la luz de esa disposición, la alegación de los Estados Unidos es deficiente por dos razones. En primer lugar, los procedimientos de observancia tienen que establecerse únicamente para los derechos previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC. Si un derecho no está previsto en el Acuerdo no hay obligación alguna de velar por su observancia. En segundo lugar, el contenido de que aquí se trata ha sido prohibido por el gobierno. Ninguna persona, ya sea el autor o el infractor, está autorizada a publicar o distribuir la obra. Por tanto, en lugar de otorgar al autor el poder de prohibir la publicación, el propio soberano prohíbe la publicación -prohibición que, a su vez, se hace observar

rigurosamente-. En consecuencia, China, por definición, ha establecido un procedimiento para la adopción de "medidas eficaces" contra cualquier intento de publicar ese contenido. Está totalmente prohibido.

4. La prohibición pública hace totalmente innecesario el derecho de censura privado

a) Ni el Convenio de Berna ni el Acuerdo sobre los ADPIC otorgan un derecho a publicar: la observancia de los derechos de autor garantiza un derecho privado a censurar obras que de otro modo podrían publicarse

102. El Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC sirven principalmente para garantizar al autor el derecho a prohibir la publicación por otros. El acceso a un mercado no está garantizado. En otras palabras, los derechos de autor internacionales no otorgan un derecho a publicar.

b) Ningún derecho de censura privado significativo puede subsistir cuando una obra está completamente prohibida

103. Cuando los gobiernos ejercitan sus facultades soberanas para censurar, el ejercicio de derechos privados no tiene lugar: las copias no autorizadas no están permitidas. El derecho de autor subsiste, pero no es necesario velar por su observancia: el contenido está prohibido. No puede legítimamente copiarse, adaptarse o traducirse, y desde luego no puede distribuirse. Por tanto, la observancia del derecho de autor no tiene sentido en este contexto.

c) La prohibición establecida en los Estados Unidos deniega de manera análoga la protección efectiva del derecho de autor

104. La legislación estadounidense también deniega la protección del derecho de autor para obras obscenas, y en particular para obras de pornografía infantil. Esa denegación tiene su fundamento en la autoridad superior a que hace referencia el artículo 17 del Convenio de Berna.

D. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN PRESENTADO UN ARGUMENTO QUE RESPALDE NINGUNA DE SUS TEORÍAS SOBRE EL EXAMEN DEL CONTENIDO O SU OTRO CONJUNTO DE ALEGACIONES RELATIVAS AL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 4: POR CONSIGUIENTE, EL GRUPO ESPECIAL DEBE FORMULAR UNA CONSTATAción FAVORABLE A CHINA POR LO QUE RESPECTA A ESAS CUESTIONES

1. La carga de la prueba recae sobre la parte reclamante

105. Con arreglo a la jurisprudencia bien establecida del Órgano de Apelación, la parte reclamante está obligada a enunciar debidamente y a probar su alegación. Si esa prueba no existe o es deficiente, la carga no recae sobre el demandado: la parte reclamante tiene que presentar y fundamentar su presunción *prima facie*. A falta de pruebas distintas de las que han sido ampliamente refutadas, no puede sostenerse que la parte reclamante ha satisfecho sus obligaciones probatorias.

2. Los Estados Unidos no han satisfecho sus obligaciones probatorias

106. Por lo que respecta a sus teorías sobre el examen del contenido, los Estados Unidos han fracasado totalmente en su intento de demostrar que la legislación china hace del examen del contenido una condición previa al derecho de autor.

107. Por lo que respecta a sus otras alegaciones relativas al párrafo 1 del artículo 4, la única prueba proporcionada por los Estados Unidos es el propio texto de la disposición. China ha presentado argumentos detallados sobre la naturaleza de la legislación internacional en materia de derecho de autor y la estructura del Convenio de Berna, y ha demostrado que la legislación y la práctica de China a este respecto no son incompatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC.

ANEXO B-5

RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL DE CHINA EN LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA

I. INTRODUCCIÓN

1. Sr. Presidente, señores miembros del Grupo Especial: muchas gracias. En esta diferencia, los Estados Unidos han presentado tres alegaciones jurídicas contra China. En cada una de ellas los Estados Unidos han caracterizado erróneamente la legislación china, y están pidiendo a este Grupo Especial que amplíe espectacularmente el alcance de las obligaciones jurídicas derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC.

2. China sostiene respetuosamente que este Grupo Especial debe abordar varias preguntas clave al analizar el sentido de diversas obligaciones establecidas por el Acuerdo sobre los ADPIC. Entre estas preguntas están las siguientes: ¿Cuál es el equilibrio adecuado de obligaciones y derechos, así como de restricciones jurídicas y de deferencia a los ordenamientos jurídicos locales, con arreglo a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 5 del artículo 41 del Acuerdo sobre los ADPIC? ¿Cuál es el alcance adecuado de las funciones soberanas básicas, como la aplicación de la ley penal y el poder de prohibir publicaciones? ¿Cuál es el papel adecuado de principios jurídicos tradicionales como el principio *in dubio mitius*?

II. PRIMERA ALEGACIÓN

3. China desea abordar la primera alegación de los Estados Unidos: que el derecho penal chino no cumple lo dispuesto en el artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, el cual estipula que los Miembros establecerán medidas penales contra la falsificación dolosa y la piratería a escala comercial.

4. Primero, la definición de los términos "escala comercial" propuesta por los Estados Unidos es en sí misma vaga y ambigua y no establece ninguna norma clara que permita determinar si se cumple el artículo 61.

5. Segundo, el uso real de los términos "escala comercial" sugiere que aluden a una magnitud significativa de actividad. China ha presentado varios ejemplos en los que "escala comercial" se ha tratado como una expresión diferenciada, en referencia a una magnitud significativa de actividad. En contraste, los Estados Unidos simplemente tratan de generar un sentido a partir de las definiciones de palabras separadas. Sin embargo, la prueba para determinar el sentido corriente de una expresión reside en la manera en que ésta realmente se utiliza.

6. Tercero, el Grupo Especial, como mínimo, afronta en los términos "escala comercial" una expresión cuyo sentido es vago y dudoso. China sostiene respetuosamente que el Grupo Especial, habida cuenta de esa vaguedad, deberá examinar dos principios jurídicos cruciales. El primer principio es que con arreglo al párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena el sentido de "escala comercial" ha de entenderse en contexto. El contexto pertinente es principalmente el que ofrecen el párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 5 del artículo 41 del Acuerdo sobre los ADPIC que se hacen eco de la deferencia a las normas, ordenamientos jurídicos y recursos limitados de los Miembros, y que fueron concesiones cruciales para los países en desarrollo en las rondas finales de negociación del Acuerdo sobre los ADPIC. Sugieren que dicho Acuerdo no habría impuesto una reglamentación estricta e intrusiva del régimen de observancia penal de los Miembros. El segundo principio jurídico que este Grupo Especial debe recordar aquí es el principio *in dubio mitius*, con arreglo al cual las obligaciones jurídicas ambiguas deben interpretarse de manera que afecten lo mínimo a la soberanía de los Miembros. Este principio sugiere que si bien los Miembros tienen

derecho a ceder su autoridad sobre el derecho penal nacional, no debe presuponerse que lo harán a la ligera.

7. Cuarto, los Estados Unidos piden para ellos mismos un arbitrio significativo en su aplicación del artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. Los Estados Unidos aducen con razón que los Miembros gozan de libre arbitrio en cuestiones de observancia de la ley penal -pero se equivocan en cuanto a la fuente de ese arbitrio en el artículo 61-. De hecho, lo que concede ese arbitrio es la amplitud y flexibilidad de la norma de la "escala comercial".

8. China se referirá ahora brevemente a su propio ordenamiento jurídico. Además de interpretar equivocadamente la norma de la "escala comercial" establecida en el Acuerdo sobre los ADPIC, los Estados Unidos, reiteradamente, han descrito mal el régimen jurídico penal de China.

9. Los Estados Unidos cometen aquí tres errores principales. El primero es que a menudo no tienen en cuenta la amplitud de determinadas pruebas que son jurídicamente pertinentes en el derecho penal chino. El segundo es que hacen caso omiso de las leyes penales generales de China. Esas leyes penales generales son "procedimientos y sanciones penales" aplicables a la falsificación y piratería a escala comercial en el sentido del artículo 61 del Acuerdo sobre los ADPIC. El tercer error es que los Estados Unidos sólo tienen en cuenta un momento único de infracción. El derecho penal de China tiene en cuenta todo el período de infracción, no una instantánea temporal.

10. China se permite hacer una observación final por lo que respecta al informe de la *China Copyright Alliance* ("CCA"). Los Estados Unidos declaran equivocadamente que el informe demuestra que la "inmensa mayoría de los puntos de venta al por menor tradicionales" operan por debajo de los umbrales penales establecidos por China.

11. En el informe de la CCA se resumen las redadas administrativas. Los Estados Unidos extrapolan de esas redadas administrativas al estado general de infracción. Esto es una falacia lógica. De la misma manera que nadie trataría de medir la frecuencia de asesinatos basándose en un examen de los informes de la policía de tráfico, nadie debería presuponer que las redadas administrativas representan toda la gama de aplicación de la ley en China, que incluye niveles de actividad que van mucho más allá de los que son objeto de la legislación administrativa.

12. En suma, China sostiene respetuosamente que la primera alegación de los Estados Unidos debe rechazarse. Los Estados Unidos no han demostrado que el artículo 61 impone una norma específica y de baja escala, ni que las leyes penales de China no captan la actividad a escala comercial.

III. SEGUNDA ALEGACIÓN

13. China se referirá seguidamente a la segunda alegación presentada por los Estados Unidos. No obstante, antes de abordar las cuestiones sustantivas objeto de esa alegación, China se permite hacer una importante observación procesal: en el presente procedimiento, los Estados Unidos en ningún momento han aducido que las leyes de China que regulan la eliminación de mercancías destinadas a la exportación son incompatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC. Los Estados Unidos han aclarado que no "toman posición" por lo que respecta a la aplicabilidad del artículo 59 a esas mercancías. Por consiguiente, el Grupo Especial debe sostener que las medidas de China concernientes a las mercancías destinadas a la exportación no son objeto de la alegación de los Estados Unidos relativa al artículo 59.

14. Por lo que respecta al contenido de la alegación de los Estados Unidos, cabe señalar que en esta segunda alegación hay dos componentes en litigio: la adecuada comprensión de la primera frase del artículo 46, en su aplicación al artículo 59; y la cuarta frase del artículo 46, en su aplicación al

artículo 59. Los Estados Unidos no han podido demostrar que China infringe el Acuerdo sobre los ADPIC en alguno de esos aspectos.

15. Lo primero que se discute es si China está cumpliendo su obligación de otorgar a la Aduana las facultades de eliminación y destrucción adecuadas. Por lo que respecta a las facultades de eliminación, China ha demostrado que su Aduana está autorizada a eliminar las mercancías decomisadas apartándolas de los circuitos comerciales mediante donaciones a organizaciones de bienestar público y mediante venta directa a los titulares de derechos interesados. La única cuestión controvertida es si la Aduana puede aplicar esos métodos de eliminación de manera que se evite causar daños al titular del derecho.

16. En su Primera comunicación escrita, los Estados Unidos manifestaron su preocupación, totalmente injustificada, por el hecho de que pudieran donarse mercancías defectuosas o peligrosas y de que esas mercancías pudieran obrar en menoscabo de la reputación de los titulares de derechos o dar lugar a alegaciones jurídicas injustificadas. Ni los elementos de hecho ni la legislación china aplicable permiten respaldar esa alegación, y lo cierto es que los Estados Unidos han encomiado a la Aduana china por sus donaciones a la Cruz Roja. En su escrito de réplica, los Estados Unidos alegaron después, por primera vez, que mercancías infractoras ordinarias también podían causar daños a la reputación de los titulares de los derechos. Sin embargo, la Aduana china ya toma medidas para evitar que se produzcan esos teóricos daños al titular de un derecho.

17. La otra preocupación aparente de los Estados Unidos es que una organización de bienestar social receptora pueda revender las mercancías donadas. Esa preocupación está también fuera de lugar. La legislación china requiere que la Aduana se asegure de que las mercancías donadas sean utilizadas exclusivamente por organizaciones de bienestar social. A ese respecto, la Aduana ejercita diligentemente sus responsabilidades legales.

18. China pide respetuosamente al Grupo Especial que observe que China satisface plenamente lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC asegurándose de que su Aduana esté facultada para ordenar la donación de mercancías decomisadas de manera que se evite causar daños al titular del derecho.

19. Con arreglo a la primera frase del artículo 46, al que se remite el artículo 59, China debe otorgar a su Aduana facultades de destrucción además de facultades de eliminación. China cumple plenamente esa obligación.

20. Los Estados Unidos sólo otorgan a su propia aduana facultades condicionadas, y en otras partes insisten en que China haga lo mismo. Sin embargo, los Estados Unidos no han presentado al Grupo Especial argumentos que demuestren por qué esa forma preferida de supeditación es adecuada, mientras que la secuencia establecida por las directrices de China no lo es.

21. China ha puesto de relieve varias características de las facultades de destrucción adecuadas de la Aduana; considerable arbitrio; ejercicio de independencia y autonomía; satisfacción de intereses públicos legítimos; y compatibilidad con los principios establecidos en los artículos 46 y 59 del Acuerdo sobre los ADPIC. China ha explicado que la Aduana tiene las facultades de destrucción requeridas por dicho Acuerdo, así como el hecho real de que la mayoría de las mercancías decomisadas por la Aduana es de hecho destruida por la Aduana en ejercicio de sus facultades discrecionales.

22. En resumen, China ha otorgado a la Aduana la autoridad adecuada para eliminar las mercancías apartándolas de los circuitos comerciales de manera que se evite causar daños al titular del derecho. También ha otorgado a la Aduana poderes adecuados para destruir las mercancías decomisadas. Al hacerlo, China cumple plenamente las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.

23. La segunda cuestión controvertida objeto de la segunda alegación concierne a la cuarta frase del artículo 46. Como China ha explicado, no parece que el artículo 59 incorpore esa disposición. El artículo 59 hace referencia a los "principios establecidos en el artículo 46". Sin embargo, esos "principios" no modifican la eliminación y la destrucción, como han alegado los Estados Unidos. Esos "principios" modifican las facultades para ordenar la eliminación o la destrucción.

24. No obstante, aunque se interpretara que el artículo 59 incorpora la cuarta frase del artículo 46, China cumple plenamente esa disposición.

25. En su escrito de réplica, los Estados Unidos aducen que esa frase significa que las mercancías falsificadas decomisadas sólo pueden colocarse en los circuitos comerciales en casos excepcionales. Sin embargo, la interpretación del texto propugnada por los Estados Unidos descarta totalmente los términos "no bastará". De hecho, dichos términos establecen claramente un umbral: determinados actos (como la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio) normalmente no permiten la colocación en los circuitos comerciales; y determinados actos no especificados que van más allá de la retirada de la marca de fábrica o de comercio sí lo permiten.

26. Esta sencilla interpretación textual está respaldada en varios sentidos. Primero, hay pruebas claras -por los antecedentes de negociación y los comentarios- de que se entendió que los casos excepcionales aludían a la recuperación de la mercancía decomisada por el infractor no profesional.

27. En segundo lugar, la preocupación que fue origen de la cuarta frase parece haber sido que los infractores podrían recuperar a bajo costo las mercancías decomisadas, esperar a recibir otro conjunto de marcas infractoras y continuar con sus operaciones de falsificación.

28. Procede interpretar que la cuarta frase permite la venta pública cuando las autoridades adoptan las medidas necesarias -aparte de la retirada de la marca falsificada- para impedir que los infractores puedan recuperar a bajo costo las mercancías decomisadas y aponerles de nuevo marcas infractoras.

29. China sostiene respetuosamente que el expediente que el Grupo Especial tiene ante sí es claro: China estaría cumpliendo plenamente lo dispuesto en la cuarta frase del artículo 46 aun en el caso de que se entendiera que ésta es aplicable. Además de retirar la marca infractora de las mercancías falsificadas, la Aduana elimina otras características infractoras, recaba observaciones del titular del derecho y -lo que es más significativo- establece un precio de reserva para la subasta. El precio de reserva garantiza que los infractores paguen el precio del mercado para recuperar sus mercancías y que, en consecuencia, no puedan continuar a bajo costo sus actividades de falsificación.

30. El recurso de la Aduana de China a una subasta no infringe lo dispuesto en la primera frase del artículo 46, incorporada al artículo 59, porque basta con que la Aduana disponga de facultades adecuadas de eliminación y destrucción. Tampoco infringe la cuarta frase del artículo 46, aunque ésta se aplicara al artículo 59, porque la Aduana toma medidas significativas que van más allá de la simple retirada de la marca infractora.

IV. TERCERA ALEGACIÓN

31. China se referirá seguidamente a la tercera alegación de los Estados Unidos, relacionada con el párrafo 1 del artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor de China.

32. Inicialmente, la alegación de los Estados Unidos se centraba en el sistema de examen del contenido de China. En ese sentido, la alegación de los Estados Unidos se basaba en una comprensión completamente errónea de la legislación china, y los Estados Unidos no han satisfecho sus obligaciones probatorias.

33. El hecho de que los Estados Unidos no hayan justificado sus alegaciones merece un análisis detallado. En el párrafo 198 de su Primera comunicación escrita, los Estados Unidos hicieron cuatro afirmaciones clave, todas ellas falsas e injustificadas.

34. Primero, los Estados Unidos afirmaron que la Ley de Derecho de Autor de China "no otorga protección a obras que están en espera de los resultados del examen del contenido en China". China, no obstante, ha presentado al Grupo Especial un ejemplo concreto de esa aplicación de la Ley: las medidas de observancia de la NCAC en el asunto *Shrek II*, para proteger el derecho de autor con respecto a una obra que no había completado el proceso de examen del contenido.

35. Segundo, los Estados Unidos afirmaron que cuando una obra no es objeto de un examen del contenido, China "no otorga protección del derecho de autor". China ha presentado un análisis jurídico que demuestra que lo cierto es que esas obras sí reciben protección del derecho de autor, y ha presentado ejemplos de medidas de aplicación encaminadas a proteger los derechos de autor correspondientes a esas obras.

36. Tercero, los Estados Unidos afirmaron que cuando una obra es editada para satisfacer el examen del contenido, la Ley de Derecho de Autor china "no otorga protección del derecho de autor para la versión cuya distribución en China no ha sido autorizada". China ha demostrado que esas obras sí gozan de la protección del derecho de autor: la Circular N° 55 de la NCAC establece procedimientos para proteger 700 películas estadounidenses, sin indagar si las películas se editaron para satisfacer el examen del contenido.

37. Cuarto, los Estados Unidos impugnaron el examen del contenido de China alegando que las obras que no lo satisfacen no gozan de la protección del derecho de autor. China ha demostrado que protegerá el derecho de autor por lo que respecta al contenido lícito de una obra aunque esa obra no satisfaga en su totalidad el examen del contenido.

38. En su escrito de réplica, los Estados Unidos se limitaron a reiterar sus teorías viciadas, basándose esta vez en la aseveración de que el examen del contenido impone una formalidad al "goce y ejercicio" del derecho de autor, en infracción del párrafo 2) del artículo 5 del Convenio de Berna. Esto no es cierto.

39. Al ser falsos los argumentos de los Estados Unidos relativos al examen del contenido, todo lo que queda en la alegación de los Estados Unidos es una impugnación del texto mismo del párrafo 1 del artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor. Como cuestión inicial, China se permite destacar que los Estados Unidos no han podido presentar un solo ejemplo de un caso en el que se haya aplicado el párrafo 1 del artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor.

40. Dicho esto, China sostiene respetuosamente que el análisis por el Grupo Especial de esta impugnación de los términos del párrafo 1 del artículo 4 debe comenzar por lo dispuesto en el artículo 17 del Convenio de Berna.

41. El artículo 17 del Convenio de Berna reconoce y no limita el derecho soberano a imponer la censura.

42. Los derechos establecidos en el Convenio de Berna que están incorporados al Acuerdo sobre los ADPIC son derechos económicos. Ninguna interpretación del artículo 17 del Convenio de Berna permite concluir que aún quedan derechos económicos privados cuyo respeto pueda exigirse cuando una obra está sujeta a censura pública prevalente.

43. Por último, y como parte de su impugnación de los términos del párrafo 1 del artículo 4, los Estados Unidos han aducido que dicha disposición deniega la protección del derecho de autor a una

categoría de obras, en infracción del artículo 2 y el párrafo 1) del artículo 5 del Convenio de Berna. También esto es incorrecto. Incluso cuando se ha constatado que una obra tiene contenido prohibido, China sigue reconociendo el derecho de autor por lo que respecta al contenido lícito de la obra. Y ese derecho de autor se protegerá si se constata que es infringido por una obra que esté circulando legalmente dentro de China.

44. China solicita respetuosamente al Grupo Especial que constate que los Estados Unidos no han cumplido sus obligaciones probatorias por lo que respecta a sus argumentos relativos a la tercera alegación, y que se pronuncie en favor de China. Los Estados Unidos no han presentado pruebas que respalden su interpretación errónea de la legislación china, y no han logrado demostrar que el párrafo 1 del artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor de China infringe, a tenor de sus propios términos, el Acuerdo sobre los ADPIC.

ANEXO B-6

DECLARACIÓN ORAL FINAL DE CHINA EN LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA

I. INTRODUCCIÓN

1. Sr. Presidente, señores miembros del Grupo Especial: la República Popular China desea expresarles su agradecimiento por el tiempo y la atención que han dedicado a esta reunión y por los servicios prestados a este Grupo Especial. El cuidado con que se han preparado para esta diferencia ha sido evidente a lo largo del procedimiento. China desea también expresar su agradecimiento al personal de la Secretaría de la OMC por su excelente trabajo.

2. Ya hemos tenido dos rondas de comunicaciones escritas y celebrado dos reuniones sustantivas. Procede ahora examinar la situación en que se encuentran cuestiones claves en esta diferencia y pasar revista a las tareas restantes del Grupo Especial.

3. Los argumentos de los Estados Unidos han fracasado en los más amplios términos. En cada una de las tres alegaciones, la argumentación de los Estados Unidos se basa en interpretaciones jurídicas contrarias a los acuerdos rectores y en una comprensión viciada de la legislación y la práctica china. Con respecto a muchas cuestiones, los Estados Unidos ni siquiera han acreditado una presunción *prima facie*.

4. Permítanme ahora referirme brevemente a las alegaciones concretas.

II. PRIMERA ALEGACIÓN

5. Los Estados Unidos han pedido a este Grupo Especial que concluya que un infractor debe estar sujeto a sanción penal siempre que se "dedique seriamente" a conseguir ganancias financieras. Aunque los Estados Unidos sostienen que su propuesta no es una prueba de "intención", es difícil describir la "búsqueda de ganancias financieras" como algo distinto. El examen de la definición propuesta por los Estados Unidos en esta reunión no ha aportado nada que impida llegar a esa conclusión.

6. Los Estados Unidos también sostienen que las reglas de interpretación de los tratados no dejan "duda alguna" sobre el sentido de la norma de la "escala comercial". Si por ello los Estados Unidos quieren decir que no hay duda alguna por lo que respecta a la norma por ellos propuesta, China sostiene respetuosamente que el examen de la propuesta de los Estados Unidos en esta reunión en realidad ha puesto de manifiesto no pocos motivos para dudar.

7. China ha demostrado que una prueba de la intención como la de los Estados Unidos fue expresamente rechazada en las negociaciones del Acuerdo sobre los ADPIC. El Grupo Especial también debe rechazarla en este caso, con independencia de la forma en que se describa.

8. En lugar de una prueba de la intención, el Acuerdo sobre los ADPIC adoptó una prueba objetiva basada en la escala de las operaciones infractoras -la prueba de la "escala comercial"- . Esta es la prueba que el Grupo Especial debe aplicar.

9. Para aplicar esa prueba, el Grupo Especial afronta un reto. Lejos de ser "indudable", lo cierto es que la prueba requiere no poca definición. El Grupo Especial debe tomar una norma muy amplia -"escala comercial"- y ponerla en relación con la aplicación muy específica por un país Miembro. Los Estados Unidos no han identificado un enfoque concreto y basado en principios para que el Grupo

Especial haga tal cosa. En todos sus alegatos y en las reuniones celebradas en este procedimiento, los Estados Unidos, en lugar de ello, se han apoyado en ejemplos hipotéticos que presuponen su propia conclusión. Esos ejemplos se atienen a una pauta: describen una infracción hipotética, alegan que está por debajo de los umbrales establecidos por China, y después afirman que las operaciones de ese tipo constituyen infracciones a un nivel comercial. China ya ha informado sobre esta cuestión, y no volverá a responder a esos ejemplos esta mañana. En lugar de ello, observa que el Grupo Especial debe adoptar una norma que sea objetiva y no el resultado de hechos hipotéticos.

10. China, en contraste, ha presentado al Grupo Especial dos medidas concretas. Primero, ha propuesto una comparación con las estadísticas oficiales que describen la escala real del comercio en China. Segundo, ha comparado los umbrales establecidos para los delitos contra la propiedad intelectual con los umbrales relativos a otros delitos comerciales, y ha puesto de manifiesto la importancia de esa comparación a la luz de lo dispuesto en la segunda frase del artículo 61 y a la luz de la deferencia a los sistemas nacionales consagrada en el párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 5 del artículo 41.

11. Al definir la norma de la escala comercial, el Grupo Especial tiene que adoptar una decisión importante para la jurisprudencia relativa al Acuerdo sobre los ADPIC. China le insta a que aplique una norma que respete los compromisos a que se llegó en las negociaciones sobre dicho Acuerdo, tanto con respecto al texto del artículo 61 en sí mismo como en el contexto más amplio del párrafo 1 del artículo 1 y el párrafo 5 del artículo 41. Al mismo tiempo, el Grupo Especial debe optar por una norma que pueda aplicarse, sobre la base de principios, a la manera en que un Miembro la hace efectiva en la práctica.

12. China confía en que el Grupo Especial, si aplica la norma adecuada, constata que la legislación penal china relativa a los DPI satisface dicha norma.

III. SEGUNDA ALEGACIÓN

13. Por lo que respecta a la segunda alegación, los Estados Unidos han pedido a este Grupo Especial que concluya que en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC los Miembros no pueden dar a las donaciones a entidades de beneficencia preferencia sobre la destrucción. China ya ha explicado por qué su Aduana prefiere determinados métodos de eliminación, como la donación a entidades de beneficencia, antes que la destrucción. Ayer, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos encomiaron de nuevo a China por el hecho de que la donación de mercancías decomisadas esté supeditada a la aprobación del titular del derecho -como ocurre en la propia práctica de los Estados Unidos-. Aparentemente, éstos aprueban las restricciones a la autoridad que ellos mismos prefieren, pero al mismo tiempo rechazan las condiciones, como el otorgar prioridad a la donación a entidades de beneficencia, que no prefieren. Además, los Estados Unidos siguen afirmando erróneamente que la Aduana china causa daños a los titulares de derechos al hacer donaciones a entidades de beneficencia como la Cruz Roja. China ha detallado, remitiéndose a numerosas disposiciones y a ejemplos concretos, exactamente en qué manera la Aduana evita causar daños al titular del derecho. Cuando durante esta audiencia se les pidió que presentaran ejemplos reales de donaciones a entidades de beneficencia que hubieran causado daños a titulares de derechos en China, los Estados Unidos declinaron hacerlo, como en anteriores ocasiones.

14. China está decepcionada por las muchas incoherencias e inexactitudes fácticas de la declaración de ayer de los Estados Unidos. Por ejemplo, los Estados Unidos afirmaron ante el Grupo Especial que las circunstancias en las que el régimen jurídico de China permite la destrucción eran "muy limitadas", pero los datos reales de la Aduana china ya proporcionados en esta diferencia contradicen claramente esa afirmación. Los datos demuestran que la Aduana china recurre ampliamente a la opción de destrucción. Los Estados Unidos también presentaron a las partes y al Grupo Especial un gráfico con el que pretendían explicar el régimen de eliminación y destrucción de

China, pero después reconocieron que el gráfico era incompleto y que no abarcaba varias leyes y opciones pertinentes.

15. Por último, China se permite pedir respetuosamente al Grupo Especial que, mientras delibera y prepara sus resoluciones, tenga en cuenta que los Estados Unidos se han abstenido por completo de aducir que las leyes de China que regulan la eliminación de mercancías destinadas a la exportación son incompatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC. Los Estados Unidos han aclarado que "no toman posición" por lo que respecta a la aplicabilidad del artículo 59 a esas mercancías. Por consiguiente, el Grupo Especial debe sostener que las medidas de China concernientes a las mercancías destinadas a la exportación no son objeto de la alegación de los Estados Unidos relativa al artículo 59.

IV. TERCERA ALEGACIÓN

16. China ha expuesto con detalle las deficiencias de la argumentación de los Estados Unidos sobre la tercera alegación. En relación con la mayor parte del objeto de su alegación, los Estados Unidos no han acreditado una presunción *prima facie*. Con respecto al resto, la argumentación de los Estados Unidos es deficiente, tanto porque se centra en una preocupación sumamente teórica como porque está en contradicción con la interpretación más adecuada del Convenio de Berna. China ha expuesto con detalle esas cuestiones en sus comunicaciones escritas y no volverá a hacerlo esta mañana.

17. Sin embargo, China se ve obligada a señalar a la atención del Grupo Especial algunas declaraciones erróneas, tanto de hecho como sobre la posición de China, que se hicieron en la declaración oral de los Estados Unidos. Esto no es una lista exhaustiva de cuestiones, y China no se referirá a muchas observaciones discutibles de los Estados Unidos, y especialmente a aquellas que China ya ha refutado. Sin embargo, China destaca hoy varias declaraciones escandalosamente erróneas que a su juicio deben constar en el expediente de esta reunión.

18. Primero, a falta de cualquier ejemplo concreto de aplicación efectiva del párrafo 1 del artículo 4, los Estados Unidos, en el párrafo 69 de su declaración oral, simplemente culpan al párrafo 1 del artículo 4 de la existencia de infracciones en China. China pide al Grupo Especial que reconozca que esto es una simple alegación, no un hecho, y que los Estados Unidos en modo alguno han justificado esa observación.

19. Segundo, en el párrafo 76, los Estados Unidos alegan que el párrafo 1 del artículo 4 deniega la protección del derecho de autor a cualquier obra cuyo examen previo a la publicación sea necesario y no se haya efectuado. Esto es simplemente incierto. China ha demostrado lo contrario en sus alegatos, y observa, en especial, que incluso en esta etapa tardía del procedimiento los Estados Unidos no pueden respaldar esa alegación con análisis jurídicos o con un solo ejemplo.

20. Tercero, en el párrafo 77 los Estados Unidos alegan que China "admite" que "con independencia de que un demandado en particular plantee una defensa formal, los tribunales y la NCAC tienen que determinar la legalidad de una obra *de novo*". China protesta con la mayor firmeza por esta descripción errónea de su posición. China no ha admitido tal cosa. Su declaración se hizo en el contexto de un caso en el que la cuestión *estaba* de hecho ante el tribunal. Una vez que la cuestión está ante el tribunal, si el examen del contenido no se ha realizado anteriormente, el tribunal tendría que indagar *de novo* si el contenido era legal. Eso es todo lo que China dijo. China, desde luego, *no* opina que en todas las acciones en pro de la observancia del derecho de autor el tribunal tiene que proceder a ese examen del contenido. Señala asimismo que los Estados Unidos reiteran esa observación errónea en el párrafo 78.

21. Cuarto, y último, en el párrafo 79 los Estados Unidos proceden a describir muy equivocadamente la legislación china. Alegan que los procesos de examen del contenido prohíben la publicación o difusión de obras hasta que éstas satisfacen dicho examen, y después tratan de vincular esa observación al texto del párrafo 1 del artículo 4. China ha explicado esta cuestión ampliamente y no reiterará aquí su análisis, pero sí pide al Grupo Especial que reconozca que la afirmación de los Estados Unidos no es sino una alegación simplemente no creíble. China solicita al Grupo Especial que pida más a los Estados Unidos: análisis jurídicos y ejemplos específicos.

22. Desgraciadamente, esas declaraciones erróneas caracterizan gran parte de los argumentos presentados por los Estados Unidos a este Grupo Especial. China solicita respetuosamente al Grupo Especial que reconozca las deficiencias de dichos argumentos y que se pronuncie en favor de China.

* * *

23. Con esto concluye la declaración final de China. China expresa de nuevo su gratitud por la ardua labor y la del Grupo Especial y el personal de la OMC, y responderá gustosa a las preguntas escritas del Grupo Especial.