ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS406/R
2 de septiembre de 2011

(11-4166)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA PRODUCCIÓN Y VENTA DE CIGARRILLOS DE CLAVO DE OLOR

Informe del Grupo Especial

ÍNDICE

Página

I. INTRODUCCIÓN 1

II. ELEMENTOS DE HECHO 2

A. INTRODUCCIÓN 2

B. LA MEDIDA EN LITIGIO 2

C. CONTEXTO FÁCTICO 5

1. El régimen legislativo de los Estados Unidos por lo que respecta al control del tabaco 5

a) Historia de las medidas de control del tabaco en los Estados Unidos 5

b) El ámbito de aplicación de la FSPTCA 7

2. El mercado de cigarrillos en los Estados Unidos 8

3. Esfuerzos internacionales limitar el consumo de tabaco: el *Convenio Marco para el Control del Tabaco* 9

III. SOLICITUDES DE CONSTATACIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES 10

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES 11

V. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS 11

VI. REEXAMEN INTERMEDIO 12

A. CONSIDERACIONES GENERALES 12

B. OBSERVACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE EL INFORME PROVISIONAL 12

1. Aspectos fácticos 12

2. *La cuestión de si el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC* 14

3. La cuestión de si el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* 21

4. La cuestión de si los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* 25

5. Observaciones varias 26

VII. CONSTATACIONES 26

A. INTRODUCCIÓN 26

B. ORDEN DE ANÁLISIS 27

C. LA CUESTIÓN DE SI EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) ES UN "REGLAMENTO TÉCNICO" EN EL SENTIDO DEL PÁRRAFO 1 DEL ANEXO 1 DEL *ACUERDO* 30

1. Argumentos de las partes 30

2. Análisis realizado por el Grupo Especial 31

a) Introducción 31

b) La disposición jurídica en cuestión 31

Página

c) Elementos de la definición de un reglamento técnico 32
i) Primer elemento: si el artículo 907(a)(1)(A) es aplicable a un "producto o grupo de productos identificable" 32
ii) Segundo elemento: si el artículo 907(a)(1)(A) establece una o más "características de un producto" 33
iii) Tercer elemento: si la observancia de las características del producto es obligatoria 35
d) Conclusión 36
D. LA CUESTIÓN DE SI EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC* 36
1. Argumentos de las partes 36
2. Análisis realizado por el Grupo Especial 44
a) Introducción 44
b) La disposición jurídica en cuestión 44
c) La cuestión de si los cigarrillos de clavo de olor importados y los cigarrillos nacionales de que se trata son "productos similares" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* 46
i) La interpretación de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC 46
Argumentos de las partes sobre la interpretación de la expresión "productos similares" en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* 47
El planteamiento del Grupo Especial para la interpretación de la expresión "productos similares" en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* 50
ii) Los criterios tradicionales por lo que respecta a la similitud 57
iii) Análisis de la similitud de los productos pertinentes 59
Productos nacionales e importados pertinentes a efectos del análisis de la similitud en el presente caso 59
Las propiedades, naturaleza y calidad de los productos pertinentes 65
Los usos finales de los productos 77
Gustos y hábitos de los consumidores por lo que respecta a los productos 79
La clasificación arancelaria de los productos 87
iv) Conclusión sobre la similitud 89
d) La cuestión de si se da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional 90
i) Introducción 90
ii) Enfoque aplicado por el Grupo Especial a la interpretación de la prueba de trato menos favorable del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC 91
iii) Discriminación de jure frente a discriminación de facto 92
iv) La prueba de trato menos favorable del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC 93
Cuáles son los productos que deben compararse 95

Página

La cuestión de si los productos en cuestión reciben un trato diferente 97
La cuestión de si el trato diferente redunda en detrimento de los productos importados 97
La cuestión de si el trato menos favorable guarda relación con el origen nacional de las importaciones 97
v) Conclusión sobre el trato menos favorable *101*
e) Conclusión general sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* 101
E. LA CUESTIÓN DE SI EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) ESTÁ JUSTIFICADO EN VIRTUD DEL APARTADO B) DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994 102
1. Argumentos de las partes 102
2. Análisis realizado por el Grupo Especial 103
a) Introducción 103
b) La disposición jurídica en cuestión 104
c) La cuestión de si es necesario que el Grupo Especial determine si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 104
d) Conclusión 105
F. LA CUESTIÓN DE SI EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC* 105
1. Argumentos de las partes 105
2. Análisis realizado por el Grupo Especial 111
a) Introducción 111
b) La disposición jurídica en cuestión 112
c) La cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor persigue un objetivo legítimo 114
i) La cuestión de si Indonesia ha identificado correctamente el objetivo de la prohibición 114
ii) La cuestión de si el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es "legítimo" 117
d) La cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restring[e] el comercio más de lo necesario" para alcanzar el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes 119
i) La cuestión de si la jurisprudencia elaborada conforme al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es pertinente para la interpretación del criterio de no "restringir el comercio más de lo necesario" del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC 120
ii) La cuestión de si Indonesia ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos 125

Página

iii) *La cuestión de si Indonesia ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace una "contribución importante" al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes* *127*

Introducción 127

La cuestión de si los cigarrillos de clavo de olor plantean un riesgo para la salud mayor que otros cigarrillos 128

La cuestión de si los jóvenes fuman cigarrillos de clavo de olor en cantidades significativas 129

La cuestión de si el hecho de que los Estados Unidos no hayan prohibido otros productos de tabaco aromatizados que tienen gran aceptación entre los jóvenes demuestra que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace ninguna "contribución importante" a la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes 130

La cuestión de si los testimonios científicos disponibles demuestran que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no servirá de mucho para disuadir a los jóvenes de fumar 131

Conclusión 139

iv) *La cuestión de si Indonesia ha demostrado que existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que representen una contribución equivalente al logro del objetivo, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos* *139*

e) Conclusión general sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* 143

G. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC* 144

1. Argumentos de las partes 144

2. Análisis realizado por el Grupo Especial 148

a) Introducción 148

b) La disposición jurídica en cuestión 149

c) La cuestión de si Indonesia pidió a los Estados Unidos que ofrecieran una explicación del artículo 907(a)(1)(A) de conformidad con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* 149

d) Conclusión 152

H. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 8 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC* 152

1. Argumentos de las partes 152

2. Análisis realizado por el Grupo Especial 153

a) Introducción 153

b) La disposición jurídica en cuestión 154

c) Primera cuestión: la cuestión de si el párrafo 8 del artículo 2 obliga a los Miembros a aportar "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos 154

d) Segunda cuestión: la cuestión de si es "procedente" definir la prohibición de los cigarrillos de olor en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas 158

Página

e) Conclusión 162
I. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC* 162
1. Argumentos de las partes 162
2. Análisis realizado por el Grupo Especial 162
a) Introducción 162
b) La disposición jurídica en cuestión 163
c) Conclusión 164
J. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON LOS PÁRRAFOS 9.2 Y 9.3 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC* 164
1. Argumentos de las partes 164
2. Análisis realizado por el Grupo Especial 166
a) Introducción 166
b) Las disposiciones jurídicas en cuestión 166
c) Condiciones para la aplicación del párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* 167
i) Primera condición: que no haya una norma internacional pertinente o que el reglamento técnico en proyecto no esté en conformidad con una norma internacional pertinente 167
ii) Segunda condición: si el reglamento técnico puede tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros 167
d) El párrafo 9.2 del artículo 2: obligación de notificar el reglamento técnico en proyecto 169
e) El párrafo 9.3 del artículo 2: obligación de facilitar detalles sobre el reglamento técnico en proyecto o el texto del mismo 171
f) Conclusión 172
K. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 12 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC* 172
1. Argumentos de las partes 172
2. Análisis realizado por el Grupo Especial 174
a) Introducción 174
b) La disposición jurídica en cuestión 175
c) Conclusión 183
L. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 12 DEL *ACUERDO OTC* 183
1. Argumentos de las partes 183
2. Análisis realizado por el Grupo Especial 186
a) Introducción 186
b) La disposición jurídica en cuestión 187

Página

c) Ámbito de aplicación de la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* 187

d) Elementos de la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* 189

i) Primer elemento: si Indonesia es un "país en desarrollo" *189*

ii) Segundo elemento: si Indonesia tiene "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" que resultan afectadas por el artículo 907(a)(1)(A) *190*

iii) Tercer elemento: si los Estados Unidos no "tuvieron en cuenta" las necesidades especiales de Indonesia en materia de finanzas, desarrollo y comercio *191*

e) Conclusión 195

VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 195

CUADRO DE ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
Ajustes fiscales en frontera	Informe del Grupo de Trabajo sobre *Ajustes fiscales en frontera*, L/3464, adoptado el 2 de diciembre de 1970, IBDD 18S/106
Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos	Informe del Grupo Especial, *Argentina - Derechos antidumping definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil*, WT/DS241/R, adoptado el 19 de mayo de 2003
Argentina - Pieles y cueros	Informe del Grupo Especial, *Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*, WT/DS155/R y Corr.1, adoptado el 16 de febrero de 2001
Australia - Salmón	Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
Australia - Salmón	Informe del Grupo Especial, *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS18/AB/R
Brasil - Aeronaves	Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999
Brasil - Aeronaves	Informe del Grupo Especial, *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, WT/DS46/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS46/AB/R
Brasil - Neumáticos recauchutados	Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007
Brasil - Neumáticos recauchutados	Informe del Grupo Especial, *Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS332/AB/R
Canadá - Automóviles	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000
Canadá - Automóviles	Informe del Grupo Especial, *Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, adoptado el 19 de junio de 2000, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R
Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado*, WT/DS276/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2004
Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano	Informe del Grupo Especial, *Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado*, WT/DS276/R, adoptado el 27 de septiembre de 2004, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS276/AB/R
Canadá - Mantenimiento de la suspensión	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS321/AB/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008

Título abreviado	Título completo y referencia
Canadá - Mantenimiento de la suspensión	Informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS321/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS321/AB/R
Canadá - Patentes para productos farmacéuticos	Informe del Grupo Especial, *Canadá - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*, WT/DS114/R, adoptado el 7 de abril de 2000
CE - Accesorios de tubería	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil*, WT/DS219/AB/R, adoptado el 18 de agosto de 2003
CE - Accesorios de tubería	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil*, WT/DS219/R, adoptado el 18 de agosto de 2003, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS219/AB/R
CE - Amianto	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001
CE - Amianto	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/R y Add.1, adoptado el 5 de abril de 2001, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS135/AB/R
CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, Add.1 a 9 y Corr.1, adoptado el 21 de noviembre de 2006
CE - Banano III	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997
CE - Banano III (Ecuador)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación del Ecuador*, WT/DS27/R/ECU, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
CE - Banano III (Estados Unidos)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación de los Estados Unidos*, WT/DS27/R/USA, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
CE - Banano III (Guatemala y Honduras)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación de Guatemala y Honduras*, WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
CE - Banano III (México)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación de México*, WT/DS27/R/MEX, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS27/RW2/ECU, adoptado el 11 de diciembre de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/RW2/ECU

Título abreviado	Título completo y referencia
CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II)/ CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)	Informes del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, adoptado el 11 de diciembre de 2008, y Corr.1/*Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1, adoptado el 22 de diciembre de 2008
CE - Equipo informático	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adoptado el 22 de junio de 1998
CE - Equipo informático	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, adoptado el 22 de junio de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R
CE - Hormonas	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998
CE - Hormonas (Canadá)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación del Canadá*, WT/DS48/R/CAN, adoptado el 13 de febrero de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R
CE - Hormonas (Estados Unidos)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación de los Estados Unidos*, WT/DS26/R/USA, adoptado el 13 de febrero de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R
CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios, Reclamación de Australia*, WT/DS290/R, adoptado el 20 de abril de 2005
CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios, Reclamación de los Estados Unidos*, WT/DS174/R, adoptado el 20 de abril de 2005
CE - Preferencias arancelarias	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, WT/DS246/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2004
CE - Preferencias arancelarias	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, WT/DS246/R, adoptado el 20 de abril de 2004, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS246AB/R
CE - Productos de tecnología de la información	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas y sus Estados miembros - Trato arancelario otorgado a determinados productos de tecnología de la información*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, adoptado el 21 de septiembre de 2010
CE - Sardinas	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas*, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002

Título abreviado	Título completo y referencia
CE - Sardinas	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas*, WT/DS231/R y Corr.1, adoptado el 23 de octubre de 2002, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS231/AB/R
CE - Trozos de pollo	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2005, y Corr.1
CE - Trozos de pollo (Brasil)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados, Reclamación del Brasil*, WT/DS269/R, adoptado el 27 de septiembre de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R
CE - Trozos de pollo (Tailandia)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados, Reclamación de Tailandia*, WT/DS286/R, adoptado el 27 de septiembre de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R
CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R, adoptado el 1º de junio de 2011
CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/R, adoptado el 1º de junio de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS316/AB/R
CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS27/RW/USA y Corr.1, adoptado el 22 de diciembre de 2008, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/RW/USA
CEE - Proteínas destinadas a la alimentación animal	Informe del Grupo Especial del GATT, *Medidas de la CEE en relación con las proteínas destinadas a la alimentación animal*, L/4599, adoptado el 14 de marzo de 1978, IBDD 25S/53
Chile - Bebidas alcohólicas	Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000
Chile - Bebidas alcohólicas	Informe del Grupo Especial, *Chile - Impuestos a las bebidas alcohólicas*, WT/DS87/R, WT/DS110/R, adoptado el 12 de enero de 2000, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R
China - Publicaciones y productos audiovisuales	Informe del Órgano de Apelación, *China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010
China - Publicaciones y productos audiovisuales	Informe del Grupo Especial, *China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/R y Corr.1, adoptado el 19 de enero de 2010, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS363/AB/R
Colombia - Puertos de entrada	Informe del Grupo Especial, *Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada*, WT/DS366/R y Corr.1, adoptado el 20 de mayo de 2009

Título abreviado	Título completo y referencia
Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna	Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001
Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna	Informe del Grupo Especial, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, adoptado el 10 de enero de 2001, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R
Egipto - Barras de refuerzo de acero	Informe del Grupo Especial, *Egipto - Medidas antidumping definitivas aplicadas a las barras de refuerzo de acero procedentes de Turquía*, WT/DS211/R, adoptado el 1º de octubre de 2002
Estados Unidos - Acero al carbono	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania*, WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002
Estados Unidos - Acero al carbono	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania*, WT/DS213/R y Corr.1, adoptado el 19 de diciembre de 2002, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS213/AB/R
Estados Unidos - Artículo 337	Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, L/6439, adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD 36S/402
Estados Unidos - Atún II (México)	*Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún*, WT/DS381
Estados Unidos - Camarones	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
Estados Unidos - Camarones	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/R y Corr.1, adoptado el 6 de noviembre de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS58/AB/R
Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón - Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS58/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001
Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón - Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS58/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS58/AB/RW
Estados Unidos - Camisas y blusas de lana	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1
Estados Unidos - Camisas y blusas de lana	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, WT/DS33/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS33/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
Estados Unidos - Chapas de acero	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Aplicación de medidas antidumping y compensatorias a las chapas de acero procedentes de la India*, WT/DS206/R, adoptado el 29 de julio de 2002
Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011
Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China*, WT/DS379/R, adoptado el 25 de marzo de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS379/AB/R
Estados Unidos - DRAM	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Imposición de derechos antidumping a los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) de un megabit como mínimo procedentes de Corea*, WT/DS99/R, adoptado el 19 de marzo de 1999
Estados Unidos - EPO (Canadá) *Estados Unidos - EPO (México)*	*Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, WT/DS384, WT/DS386
Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002
Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS108/RW, adoptado el 29 de enero de 2002, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS108/AB/RW
Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes del Japón*, WT/DS244/AB/R, adoptado el 9 de enero de 2004
Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes del Japón*, WT/DS244/R, adoptado el 9 de enero de 2004, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS244/AB/R
Estados Unidos - Gasolina	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996
Estados Unidos - Gasolina	Informe del Grupo Especial, Estados *Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/R, adoptado el 20 de mayo de 1996, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS2/AB/R
Estados Unidos - Juegos de azar	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1
Estados Unidos - Juegos de azar	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/R, adoptado el 20 de abril de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS285/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
Estados Unidos - Ley de 1916	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000
Estados Unidos - Ley de 1916 (CE)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916, Reclamación presentada por las Comunidades Europeas*, WT/DS136/R y Corr.1 y 2, adoptado el 26 de septiembre de 2000, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R
Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916, Reclamación presentada por el Japón*, WT/DS162/R y Add.1, adoptado el 26 de septiembre de 2000, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R
Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS320/AB/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008
Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS320/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS320/AB/R
Estados Unidos - Neumáticos (China)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas que afectan a las importaciones de determinados neumáticos (llantas neumáticas) para vehículos de pasajeros y camionetas procedentes de China*, WT/DS399/R, distribuido el 13 de diciembre de 2010 [apelación pendiente]
Estados Unidos - Plomo y bismuto II	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido*, WT/DS138/AB/R, adoptado el 7 de junio de 2000
Estados Unidos - Plomo y bismuto II	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido*, WT/DS138/R y Corr.1 y 2, adoptado el 7 de junio de 2000, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS138/AB/R
Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero") - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS294/AB/RW y Corr.1, adoptado el 11 de junio de 2009
Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero") - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS294/RW, adoptado el 11 de junio de 2009, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS294/AB/RW
Estados Unidos - Reducción a cero (Japón) (párrafo 5 del artículo 21 - Japón)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción - Recurso del Japón al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS322/AB/RW, adoptado el 31 de agosto de 2009
Estados Unidos - Reducción a cero (Japón) (párrafo 5 del artículo 21 - Japón)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción - Recurso del Japón al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS322/RW, adoptado el 31 de agosto de 2009, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS322/AB/RW

Título abreviado	Título completo y referencia
Estados Unidos - Superfund	Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*, L/6175, adoptado el 17 de junio de 1987, IBDD 34S/157
Guatemala - Cemento I	Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998
Guatemala - Cemento I	Informe del Grupo Especial, *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, WT/DS60/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998, revocado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS60/AB/R
India - Automóviles	Informe del Órgano de Apelación, *India - Medidas que afectan al sector del automóvil*, WT/DS146/AB/R, WT/DS175/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2002
India - Automóviles	Informe del Grupo Especial, *India - Medidas que afectan al sector del automóvil*, WT/DS146/R, WT/DS175/R y Corr.1, adoptado el 5 de abril de 2002
India - Derechos de importación adicionales	Informe del Órgano de Apelación, *India - Derechos adicionales y derechos adicionales suplementarios sobre las importaciones procedentes de los Estados Unidos*, WT/DS360/AB/R, adoptado el 17 de noviembre de 2008
India - Derechos de importación adicionales	Informe del Grupo Especial, *India - Derechos adicionales y derechos adicionales suplementarios sobre las importaciones procedentes de los Estados Unidos*, WT/DS360/R, adoptado el 17 de noviembre de 2008, revocado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS360/AB/R
India - Patentes (Estados Unidos)	Informe del Órgano de Apelación, *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998
India - Patentes (Estados Unidos)	Informe del Grupo Especial, *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, Reclamación de los Estados Unidos*, WT/DS50/R, adoptado el 16 de enero de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS50/AB/R
Indonesia - Automóviles	Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998, y Corr.3 y 4
Japón - Bebidas alcohólicas I	Informe del Grupo Especial del GATT, *Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto de los vinos y bebidas alcohólicas importados*, L/6216, adoptado el 10 de noviembre de 1987, IBDD 34S/94
Japón - Bebidas alcohólicas II	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996
Japón - Bebidas alcohólicas II	Informe del Grupo Especial, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R
Japón - Manzanas	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS245/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003

Título abreviado	Título completo y referencia
Japón - Manzanas	Informe del Grupo Especial, *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS245/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS245/AB/R
Japón - Películas	Informe del Grupo Especial, *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*, WT/DS44/R, adoptado el 22 de abril de 1998
Japón - Productos agrícolas II	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, adoptado el 19 de marzo de 1999
Japón - Productos agrícolas II	Informe del Grupo Especial, *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/R, adoptado el 19 de marzo de 1999, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS76/AB/R
México - Impuestos sobre los refrescos	Informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/AB/R, adoptado el 24 de marzo de 2006
México - Impuestos sobre los refrescos	Informe del Grupo Especial, *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R, adoptado el 24 de marzo de 2006, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS308/AB/R
México - Telecomunicaciones	Informe del Grupo Especial, *México - Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, WT/DS204/R, adoptado el 1º de junio de 2004
República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos	Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS302/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005
República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos	Informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS302/R, adoptado el 19 de mayo de 2005, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS302/AB/R
Tailandia - Cigarrillos	Informe del Grupo Especial del GATT, *Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, DS10/R, adoptado el 7 de noviembre de 1990, IBDD 37S/222
Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)	Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas*, WT/DS371/AB/R, adoptado el 15 de julio de 2011
Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)	Informe del Grupo Especial, *Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas*, WT/DS371/R, adoptado el 15 de julio de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS371/AB/R

LISTA DE ABREVIATURAS

Acuerdo MSF	*Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*
Acuerdo OTC	*Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*
CMCT	*Convenio Marco para el Control del Tabaco*
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
CTP	Centro para Productos de Tabaco
Directrices parciales de la OMS	OMS, *Directrices parciales para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio* [CMCT]
FDA	Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos
FFDCA	*Ley Federal sobre Alimentos, Medicamentos y Productos Cosméticos*
FSPTCA	*Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia*
GATT 1994	*Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de1994*
informe de la Cámara	Informe del Comité de Energía y Comercio de la Cámara, H.R. Nº. 111-58, Pt. 1 (2009)
NSDUH	Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud
NYTS	Encuesta nacional sobre el consumo de tabaco entre los jóvenes
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
Orientaciones de la FDA	Orientaciones para la rama de producción y el personal de la FDA, preguntas y respuestas generales sobre la prohibición de cigarrillos que contienen aromas característicos
TPSAC	Comité Consultivo Científico sobre Productos de Tabaco

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A

RESÚMENES DE LAS PRIMERAS COMUNICACIONES ESCRITAS DE LAS PARTES

Índice		Página
Anexo A-1	Resumen de la primera comunicación escrita de Indonesia	A-2
Anexo A-2	Resumen de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos	A-12

ANEXO B

RESÚMENES DE LAS COMUNICACIONES DE LOS TERCEROS

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación del Brasil en calidad de tercero	B-2
Anexo B-2	Resumen de la declaración oral del Brasil en la primera reunión sustantiva	B-5
Anexo B-3	Resumen de la declaración oral de Colombia en la primera reunión sustantiva	B-6
Anexo B-4	Resumen de la comunicación en calidad de tercero y de la declaración oral de la Unión Europea	B-11
Anexo B-5	Declaración oral de Guatemala en la primera reunión sustantiva	B-15
Anexo B-6	Declaración oral de México en la primera reunión sustantiva	B-18
Anexo B-7	Resumen de la declaración oral de Noruega en la primera reunión sustantiva	B-22
Anexo B-8	Resumen de la comunicación de Turquía en calidad de tercero	B-26

ANEXO C

RESÚMENES DE LAS SEGUNDAS COMUNICACIONES ESCRITAS DE LAS PARTES

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de la segunda comunicación escrita de Indonesia	C-2
Anexo C-2	Resumen de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos	C-14

ANEXO D

RESÚMENES DE LAS DECLARACIONES ORALES DE LAS PARTES EN LA PRIMERA Y SEGUNDA REUNIONES SUSTANTIVAS

Índice		Página
Anexo D-1	Resumen de la declaración oral inicial de Indonesia en la primera reunión sustantiva	D-2
Anexo D-2	Resumen de la declaración oral inicial de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva	D-8
Anexo D-3	Declaración oral final de Indonesia en la primera reunión sustantiva	D-14
Anexo D-4	Declaración oral final de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva	D-15
Anexo D-5	Resumen de la declaración oral inicial de Indonesia en la segunda reunión sustantiva	D-17
Anexo D-6	Resumen de la declaración oral inicial de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva	D-24
Anexo D-7	Declaración oral final de Indonesia en la segunda reunión sustantiva	D-30

ANEXO E

SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL PRESENTADA POR INDONESIA

Índice		Página
Anexo E	Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia	E-1

I. INTRODUCCIÓN

1.1 El 7 de abril de 2010, Indonesia solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos de conformidad con el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD"), el artículo XXII del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* ("GATT de 1994"), el artículo 11 *del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* ("*Acuerdo MSF*") y el artículo 14 del *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* ("*Acuerdo OTC*") con respecto a "la medida aplicada por el Gobierno de los Estados Unidos relativa a la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor".[1] Indonesia y los Estados Unidos celebraron consultas el 13 de mayo de 2010. Sin embargo, no se encontró una solución mutuamente acordada.

1.2 El 9 de junio de 2010, Indonesia solicitó el establecimiento de un grupo especial conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del ESD.[2]

1.3 En su reunión de 20 de julio de 2010, el OSD estableció un grupo especial atendiendo a la solicitud presentada por Indonesia en el documento WT/DS406/2, de conformidad con el artículo 6 del ESD.

1.4 El mandato del Grupo Especial es el siguiente:

> "Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por Indonesia en el documento WT/DS406/2 y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos".

1.5 El 9 de septiembre de 2010, las partes acordaron la siguiente composición del Grupo Especial:

Presidente: Sr. Ronald Saborío Soto

Miembros: Sr. Ichiro Araki
Sr. Hugo Cayrús

1.6 El Brasil, Colombia, Guatemala, México, Noruega, Turquía, la República Dominicana y la Unión Europea se han reservado el derecho de participar como terceros en las actuaciones del Grupo Especial.

1.7 El Grupo Especial celebró su primera reunión sustantiva con las partes los días 13 y 14 de diciembre de 2010. La reunión con los terceros tuvo lugar el 14 de diciembre de 2010. La segunda reunión sustantiva se celebró el 15 de febrero de 2011.

1.8 El 13 de abril de 2011, el Grupo Especial dio traslado a las partes de la sección expositiva de su proyecto de informe. El Grupo Especial dio traslado a las partes de su informe provisional el 27 de mayo de 2011. El Grupo Especial emitió su informe definitivo el 24 de junio de 2011.

[1] WT/DS406/1.
[2] WT/DS406/2.

II. ELEMENTOS DE HECHO

A. INTRODUCCIÓN

2.1 La presente diferencia concierne a una medida de control del tabaco[3] adoptada por los Estados Unidos que prohíbe los cigarrillos con aromas característicos que no sean el tabaco o el mentol.

2.2 En esta sección de su informe, el Grupo Especial describirá la medida en litigio, así como su contexto fáctico más amplio, incluido el régimen jurídico de los Estados Unidos para el control del tabaco, el mercado de cigarrillos en los Estados Unidos y el *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco*.

2.3 Las partes discrepan sobre varias cuestiones fácticas. En la medida en que sea necesario resolver esas cuestiones fácticas controvertidas, el Grupo Especial lo hará en sus constataciones.

B. LA MEDIDA EN LITIGIO

2.4 La medida en litigio es el artículo 907(a)(1)(A) de la *Ley Federal sobre Alimentos, Medicamentos y Productos Cosméticos* ("FFDCA"), que fue añadido a la FFDCA por el artículo 101(b) de la *Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia* ("FSPTCA").[4] El artículo 907(a)(1)(A) dice así:

> "ARTÍCULO 907. NORMAS APLICABLES A LOS PRODUCTOS DE TABACO.
>
> (a) EN GENERAL.-
>
> (1) REGLAS ESPECIALES. -
>
> (A) REGLA ESPECIAL PARA LOS CIGARRILLOS.__ Transcurridos tres meses desde la fecha de promulgación de la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia, un cigarrillo o cualquiera de sus partes componentes (incluidos el tabaco, el filtro o el papel) no contendrán, como elemento constitutivo (incluido un elemento constitutivo de humo) o aditivo, un aroma artificial o natural (que no sea tabaco o mentol) o una hierba o especia, con inclusión de las fresas, las uvas, las naranjas, los clavos de olor, la canela, la piña, la vainilla, el coco, el regaliz, el cacao, el chocolate, la cereza o el café, que sea un aroma característico del producto de tabaco o el humo de tabaco. Nada en este apartado se interpretará en el sentido de que limita las facultades del Secretario para adoptar medidas en virtud de este artículo u otros artículos de la presente Ley aplicables al mentol o a cualquier aroma artificial o natural, hierba o especia no especificados en este apartado".[5]

---

[3] Con arreglo al artículo d) del *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco* (véase la sección II.C.3 *infra*), el "*control del tabaco*" comprende "diversas estrategias de reducción de la oferta, la demanda y los daños con objeto de mejorar la salud de la población eliminando o reduciendo su consumo de productos de tabaco y su exposición al humo de tabaco".

[4] En respuesta a la pregunta 9 del Grupo Especial, las partes han aclarado que la cita adecuada de la medida en litigio es "artículo 907(a)(1)(A) de la *Ley Federal sobre Alimentos, Medicamentos y Productos Cosméticos* (enmendada por la *Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia*)" o, en forma abreviada, el "artículo 907(a)(1)(A) de la FFDCA". También puede citarse como "21 U.S.C. § 387g(a)(1)(A)" (que es el artículo 387g(a)(1)(A) del Título 21 del Código de los Estados Unidos).

[5] H.R. 1256, artículo 907(a)(1)(A) (Indonesia - Prueba documental 1).

2.5 La FSPTCA se promulgó como ley de los Estados Unidos el 22 de junio de 2009.[6] Tal como dispone su texto, el artículo 907(a)(1)(A) entró en vigor tres meses después de la promulgación de la FSPTCA, es decir, el 22 de septiembre de 2009.

2.6 El Grupo Especial observa que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) no se expresa en la propia FSPTCA. Sin embargo, ambas partes han remitido al Grupo Especial a un informe preparado por el Comité de Energía y Comercio de la Cámara ("informe de la Cámara") tras la emisión por dicho Comité de un dictamen favorable al proyecto de ley.[7] En el informe de la Cámara se explica el sentido de cada artículo de la FSPTCA y se enuncian tanto los objetivos de la FSPTCA en general como los del artículo 907(a)(1)(A) en particular. Según el informe de la Cámara:

> "Los objetivos de [la FSPTCA] son otorgar al Secretario las debidas facultades sobre los productos de tabaco con objeto de proteger la salud pública y reducir el número de personas de menos de 18 años de edad que consumen productos de tabaco."[8]

2.7 En el informe de la Cámara se explica la finalidad del artículo 907(a)(1) en particular:

> "En consonancia con la finalidad global del proyecto de ley de proteger la salud pública, entre otras cosas reduciendo el número de niños y adolescentes que fuman cigarrillos, el artículo 907(a)(1) tiene por objeto prohibir la fabricación y venta de cigarrillos con determinados 'aromas característicos' que atraen a los jóvenes."[9]

2.8 Además, la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos ("FDA"), que, como se explica en la sección II.C.1 b) *infra* es el organismo estadounidense competente en materia de control y reglamentación del tabaco, hizo público el 23 de diciembre de 2009 un documento titulado "Orientaciones para la rama de producción y el personal de la FDA, preguntas y respuestas generales sobre la prohibición de cigarrillos que contienen aromas característicos" ("Orientaciones de la FDA"). Esas Orientaciones de la FDA no son vinculantes, aunque representan el "pensamiento actual sobre el tema" de la FDA.[10] Según las Orientaciones de la FDA, el fundamento de la prohibición de cigarrillos con aromas característicos impuesta por el artículo 907(a)(1)(A) es el siguiente:

> "El consumo de tabaco es la principal causa de muertes evitables en los Estados Unidos, y se cobra más de 400.000 vidas cada año. Una manera importante de reducir las muertes y enfermedades causadas por el consumo de tabaco es impedir que los niños y los adolescentes comiencen a fumar. Algunos estudios han demostrado que la probabilidad de que se consuman cigarrillos aromatizados es tres veces mayor entre los fumadores de 17 años de edad que entre los de más de 25 años. Los productos aromatizados, además de ser más atractivos para los jóvenes, hacen más fácil que los nuevos fumadores comiencen a fumar, ya que enmascaran el aroma desagradable del tabaco. Determinados estudios también han demostrado que los jóvenes creen que los productos de tabaco aromatizados son más inocuos que los productos de tabaco no aromatizados.
>
> Los cigarrillos aromatizados son tan adictivos y tienen los mismos tipos de efectos nocivos que los cigarrillos ordinarios. La eliminación de esos productos aromatizados del mercado es importante porque cierra una vía que los jóvenes pueden

[6] Primera comunicación escrita de Indonesia, nota 1.

[7] H.R. Rep. Nº 111-58, Pt. 1 (2009). Indonesia ha presentado el informe de la Cámara como su Prueba documental 2; los Estados Unidos han presentado el mismo informe de la Cámara como su Prueba documental 67.

[8] Estados Unidos - Prueba documental 67, página 14.

[9] Estados Unidos - Prueba documental 67, página 37.

[10] Orientaciones, descargo de responsabilidad (Indonesia - Prueba documental 41).

> utilizar para comenzar a consumir tabaco habitualmente. El Congreso promulgó específicamente la prohibición de la venta de cigarrillos y sus partes componentes, como los filtros y los papeles, que contienen determinados aromas característicos. La eliminación del mercado de los cigarrillos que contienen determinados aromas característicos es un paso importante en los esfuerzos de la nación para reducir los casos de enfermedades y muertes causadas por productos de tabaco en virtud de la autoridad conferida por la FSPTCA, firmada por el Presidente Obama el 22 de junio de 2009."[11]

2.9 Con arreglo a las Orientaciones de la FDA, el artículo 907(a)(1)(A) es aplicable a todos los productos de tabaco aromatizados que satisfagan la definición de un cigarrillo que figura en el artículo 900(3) de la FFDCA, aunque no estén etiquetados como cigarrillos.[12] El artículo 900(3) de la FFDCA define el término "cigarrillo" como sigue:

> "**(3) Cigarrillo**
>
> El término 'cigarrillo'-
>
> **(A)** significa un producto que-
>
> **(i)** es un producto de tabaco; y
>
> **(ii)** satisface la definición del término 'cigarrillo' que figura en el artículo 3(1) de la Ley Federal sobre Etiquetado y Publicidad de Cigarrillos; y
>
> **(B)** incluye tabaco, en cualquier forma que sea funcional en el producto, que debido a su apariencia, al tipo de tabaco utilizado en el relleno, o a su embalaje y etiquetado, es probable que se ofrezca a los consumidores o sea comprado por éstos como un cigarrillo o como tabaco para liar.
>
> **(4) Tabaco para cigarrillos**
>
> La expresión 'tabaco para cigarrillos' significa cualquier producto que consista en tabaco suelto destinado a uso por los consumidores en un cigarrillo. Salvo indicación en contrario, las prescripciones aplicables a los cigarrillos en virtud del presente subcapítulo serán también aplicables al tabaco para cigarrillos."[13]

2.10 El inciso (ii) alude a una disposición de la *Ley Federal sobre Etiquetado y Publicidad de Cigarrillos*, que define el término "cigarrillo" como sigue:

> "**(1)** El término 'cigarrillo' significa-
>
> **(A)** cualquier rollo de tabaco envuelto en papel o en cualquier sustancia que no contenga tabaco, y
>
> **(B)** cualquier rollo de tabaco envuelto en cualquier sustancia que contenga tabaco que debido a su apariencia, al tipo de tabaco utilizado en el relleno, o a su embalaje y

[11] Orientaciones, respuesta a la pregunta 1 (Indonesia - Prueba documental 41). Véase también *FDA Advisory - Flavored Tobacco Products; What you need to know* (Consejos de la FDA - Productos de tabaco aromatizados: lo que Ud. necesita saber) (Indonesia - Prueba documental 25).

[12] Orientaciones, respuesta a la pregunta 2 (Indonesia - Prueba documental 41).

[13] Orientaciones, respuesta a la pregunta 2 (Indonesia - Prueba documental 41).

etiquetado, es probable que se ofrezca los consumidores o sea comprado por éstos como un cigarrillo descrito en el apartado (A)."[14]

2.11 La FDA aclara en sus Orientaciones que la prohibición establecida en el artículo 907(a)(1)(A) es también aplicable al tabaco suelto y a los papeles de liar y los filtros aromatizados destinados a uso en cigarrillos para liar.[15]

C. CONTEXTO FÁCTICO

1. El régimen legislativo de los Estados Unidos por lo que respecta al control del tabaco

a) Historia de las medidas de control del tabaco en los Estados Unidos

2.12 Durante la primera mitad del siglo XX, la comercialización y venta de productos de tabaco no estuvo estrictamente reglamentada en los Estados Unidos. En 1957, el Director General de Sanidad de los Estados Unidos declaró que había una relación causal entre el hábito de fumar y el cáncer de pulmón. En un informe posterior preparado en 1964 por el Comité Consultivo para el Director General se cuantificaban los daños para la salud causados por el consumo de cigarrillos y se indicaba que dicho consumo aumentaba las posibilidades de desarrollar tres enfermedades específicas: cáncer de pulmón, enfisema y cardiopatía coronaria.[16]

2.13 Como consecuencia de las constataciones del Informe arriba citado, los Estados Unidos promulgaron su primera ley federal importante sobre productos de tabaco: la *Ley Federal sobre Etiquetado y Publicidad de Cigarrillos*. Esa ley requería, por vez primera, la inclusión de una etiqueta de advertencia sanitaria en los cigarrillos.[17] A lo largo de los siguientes decenios los productos de tabaco fueron objeto de nuevas reglamentaciones por parte de los Estados Unidos. En el decenio de 1990, la FDA y el Congreso de los Estados Unidos investigaron a la industria tabacalera estadounidense "en relación con los peligros de los cigarrillos, que la industria conocía, y sus esfuerzos para ocultarlos, así como para comercializar cigarrillos entre los niños".[18]

2.14 Esas investigaciones dieron lugar a litigios privados contra las empresas tabacaleras, así como a litigios iniciados por varios Estados con miras a recuperar los costos relacionados con el tabaco en que incurría el sistema de salud pública. A mediados del decenio de 1990, casi todos los Estados de los Estados Unidos habían demandado a la industria tabacalera. Para resolver el litigio, las cinco principales empresas tabacaleras estadounidenses (Brown and Williamson Tobacco Corporation, Lorillard Tobacco Company, Phillip Morris Incorporated, RJ Reynolds Tobacco Company y Commonwealth Tobacco Company) firmaron un Arreglo General (*Master Settlement Agreement* ("MSA")) con esos Estados. Entre otras cosas, ese Arreglo: i) estableció pagos anuales a los Estados por un total de 206.000 millones de dólares EE.UU. hasta 2025, inclusive; ii) prohibió el patrocinio y la publicidad de marcas de fábrica orientados a los jóvenes; y iii) disolvió determinadas organizaciones promotoras de la industria tabacalera.[19] El MSA no prohibió ningún tipo de cigarrillos, ni abordó concretamente los cigarrillos aromatizados.[20]

---

[14] Orientaciones, respuesta a la pregunta 2 (Indonesia - Prueba documental 41).
[15] Orientaciones, respuesta a las preguntas 3 y 4 (Indonesia - Prueba documental 41).
[16] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 79.
[17] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 80.
[18] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 81.
[19] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 83 y 84.
[20] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 85-88.

2.15 A comienzos del decenio de 2000, varias empresas, y en particular RJ Reynolds, empezaron a comercializar una nueva variedad de cigarrillos con aromas característicos, como vainilla, chocolate/menta, lima, especias, sandía, toffee y licor.[21] Illinois y Nueva York consideraron que esto infringía la prohibición de la comercialización de cigarrillos entre los jóvenes establecida en el MSA. Esto llevó a RJ Reynolds a firmar un Acuerdo de Consentimiento con los Estados signatarios del MSA (el "Acuerdo de Consentimiento de 2006") en el que la empresa se comprometió a retirar del mercado los cigarrillos aromatizados que a la sazón vendía. El Acuerdo de Consentimiento de 2006 daba aún a RJ Reynolds la posibilidad de desarrollar en el futuro nuevas marcas de cigarrillos aromatizados.[22]

2.16 La FSPTCA fue el resultado de años de trabajos legislativos del Gobierno Federal de los Estados Unidos.[23] En 1996, la FDA obtuvo facultades para regular los productos de tabaco y publicó reglamentos (muchos de ellos adoptados posteriormente como parte de la FSPTCA), incluido uno que establecía a nivel nacional los 18 años como la edad mínima para comprar productos de tabaco, y otro que prohibía las muestras gratuitas de productos de tabaco, salvo en lugares de reunión de adultos.[24] En 1997, antes de que se hubieran aplicado plenamente los reglamentos, las empresas tabacaleras estadounidenses impugnaron las facultades reglamentarias de la FDA, y en 2000 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos invalidó las normas de la FDA, constatando que el Congreso de los Estados Unidos no había otorgado a la FDA las facultades necesarias para reglamentar los cigarrillos y el tabaco sin humo tal como normalmente se comercializaban.[25]

2.17 El Tribunal Supremo de los Estados Unidos razonó que la función que la ley atribuye a la FDA es la de asegurarse de que los medicamentos sean "inocuos y efectivos" para el mercado, y que si los productos de tabaco estuvieran comprendidos en la jurisdicción de la FDA, ésta se vería obligada a prohibir todos los productos de tabaco basándose en sus constataciones de que eran nocivos y peligrosos; por tanto, concluyó que como el Congreso de los Estados Unidos había rechazado la prohibición de todos los productos de tabaco, no podía haber tenido la intención de que esos productos estuvieran sujetos a las facultades reglamentarias de la FDA.[26]

2.18 En respuesta, el Congreso de los Estados Unidos elaboró normas destinadas concretamente a otorgar facultades a la FDA, y encomendó a ésta que aplicara a los productos de tabaco un criterio distinto del aplicado a cualquier otro producto o dispositivo que regulara. Tras la resolución de 2000 del Tribunal Supremo de que el criterio de "inocuo y efectivo" no podía aplicarse a los productos de tabaco sin obligar a eliminarlos del mercado, el Congreso de los Estados Unidos autorizó a la FDA a regular los productos de tabaco "como proceda para la protección de la salud pública".[27] En 2004 se presentó en el Senado y la Cámara de Representantes de los Estados Unidos un proyecto de ley que contenía una prohibición de los cigarrillos con aromas característicos que no fueran tabaco o mentol.[28] El proyecto de ley se reiteró varias a lo largo del período 2004-2009 hasta llegar a la versión definitiva de la ley que se promulgó como ley de los Estados Unidos en 2009.[29]

[21] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 48 (Estados Unidos - Prueba documental 35).
[22] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 89-92.
[23] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 103-110.
[24] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 103.
[25] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 103-105.
[26] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 134.
[27] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 106-110.
[28] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 308.
[29] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 90 y 308.

b) El ámbito de aplicación de la FSPTCA

2.19 La FSPTCA se promulgó en 2009 con el objetivo de proteger la salud pública otorgando a la FDA facultades para regular los productos de tabaco.[30] Además de ser el primer instrumento legislativo federal de los Estados Unidos[31] que prohíbe la producción y venta de cigarrillos con ciertos aromas característicos, la FSPTCA impone importantes restricciones y prescripciones que afectan a la manera en que los productos de tabaco se fabrican, comercializan, distribuyen y venden, y también faculta a la FDA para adoptar nuevos reglamentos si procede.[32]

2.20 La FSPTCA regula la fabricación de productos de tabaco, por ejemplo facultando a la FDA para establecer nuevas normas de productos para reducir o eliminar ingredientes y aditivos dañinos o modificar de otro modo el diseño y las características de los productos de tabaco si se determina que esa reglamentación es adecuada para proteger la salud pública.[33]

2.21 La FSPTCA regula también la comercialización, por ejemplo estableciendo una gama de restricciones y prescripciones en materia de publicidad[34], exigiendo la presencia de etiquetas de advertencia gráfica y otras formas de divulgación[35], y autorizando a la FDA a establecer criterios y restricciones adicionales por lo que respecta al etiquetado, la publicidad y la promoción de productos de tabaco.[36]

2.22 La FSPTCA también regula la distribución y venta de productos de tabaco, por ejemplo estableciendo a nivel federal una edad mínima de 18 años para la venta de cigarrillos[37], y prohibiendo con carácter general las muestras gratuitas.[38] En la exposición de motivos de la FSPTCA se explica que:

> "Los esfuerzos desplegados en el pasado para restringir la publicidad y comercialización de productos de tabaco entre los jóvenes no han logrado limitar adecuadamente al consumo de tabaco por los adolescentes. [La FSPTCA] otorga a la FDA las facultades que necesita para promulgar restricciones globales de la venta, promoción y distribución de productos de tabaco, medidas que, como conviene la mayoría de los expertos en salud pública, pueden reducir de manera importante el número de personas que empiezan a usar tabaco y aumentar significativamente el número de personas que dejan de usarlo."[39]

2.23 La FSPTCA encomendó a la FDA que estableciera dos nuevas entidades: el Centro para Productos de Tabaco ("CTP") en la FDA, al que incumbe la aplicación de la FSPTCA, y el Comité Consultivo Científico sobre Productos de Tabaco ("TPSAC"), un órgano compuesto por 12 miembros encargado de asesorar al CTP sobre cuestiones relacionadas con el contenido de nicotina y otras

[30] H.R. 1256, Encabezamiento de la Ley (Indonesia - Prueba documental 1).

[31] Antes de la entrada en vigor de la FSPTCA, varios Estados de los Estados Unidos (entre ellos Maine, Hawai, Massachussets, Nueva Jersey, Nueva York y Minnesota) habían estudiado la posibilidad de prohibir la producción y venta de productos de tabaco con ciertos aromas característicos. Respuesta de Indonesia a la pregunta 15 del Grupo Especial, párrafo 46; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 110 del Grupo Especial, párrafo 72.

[32] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 113.

[33] Artículo 907(a)(4)(A)-(D) de la FFDCA (Estados Unidos - Prueba documental 7).

[34] Artículo 102(a) de la FSPTCA (Estados Unidos - Prueba documental 7).

[35] Por ejemplo, artículo 201 de la FSPTCA y artículo 915(b) de la FFDCA (Estados Unidos - Prueba documental 7).

[36] Artículos 906, 910, 911 de la FFDCA (Estados Unidos - Prueba documental 7).

[37] Artículo 906(d)(3)(A)(ii) de la FFDCA (Estados Unidos - Prueba documental 7).

[38] Artículo 102(a)(2)(G) de la FSPTCA (Estados Unidos - Prueba documental 7).

[39] H.R. Rep. Nº 111-58, Pt. 1 (2009) (Estados Unidos - Prueba documental 67)

cuestiones de inocuidad, dependencia o salud relacionadas con productos de tabaco.[40] Por lo que respecta a los cigarrillos mentolados, que están específicamente excluidos de la prohibición impuesta por el artículo 907(a)(1)(A), la FSPTCA encomendó al TPSAC "que en el plazo de un año desde el establecimiento del Comité presentara a la FDA un informe sobre los efectos en la salud pública del mentol en los cigarrillos".[41] El informe de marzo de 2001 del TPSAC, que se presentó a la FDA el 18 de marzo de 2011[42], afirma que la "eliminación del mercado de los cigarrillos mentolados obraría en beneficio de la salud pública en los Estados Unidos".[43] Ese informe también sugiere que se lleve a cabo una nueva evaluación con respecto al contrabando de cigarrillos mentolados y recomienda que se realicen investigaciones adicionales con objeto de colmar las lagunas en la comprensión de las cuestiones relativas a los cigarrillos mentolados y la salud pública. La FDA examinará más a fondo las recomendaciones del TPSAC.[44]

2. El mercado de cigarrillos en los Estados Unidos

2.24 El consumo de tabaco en los Estados Unidos es importante. Alrededor del 20[45] al 26[46] por ciento de la población adulta estadounidense, y del 12[47] al 19[48] por ciento de la población joven de los Estados Unidos, son fumadores. Las ventas de cigarrillos en los Estados Unidos representaron aproximadamente 360.000 millones de unidades en 2007[49], 346.000 millones de unidades en 2008, y 317.000 millones de unidades en 2009.[50]

2.25 A la luz de los datos presentados por las partes, el Grupo Especial entiende que la inmensa mayoría de fumadores estadounidenses utiliza dos tipos de cigarrillos: cigarrillos ordinarios y cigarrillos mentolados.[51] En particular, aproximadamente una cuarta parte de la población fumadora fuma cigarrillos mentolados.[52] El consumo de cigarrillos de clavo de olor representó aproximadamente un 0,1 por ciento del mercado estadounidense entre 2000 y 2009.[53]

2.26 Las importaciones de cigarrillos de clavo de olor en los Estados Unidos representaron aproximadamente 470 millones de cigarrillos en 2007, 430 millones de cigarrillos en 2008 y 220 millones de cigarrillos en 2009.[54] El valor de esas importaciones fue de aproximadamente

---

[40] Artículo 917 de la FFDCA (Estados Unidos - Prueba documental 7).

[41] Informe de marzo de 2011 del TPSAC, página 1. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[42] http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm247617.htm.

[43] Informe de marzo de 2011 del TPSAC, página 208. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[44] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 63 del Grupo Especial.

[45] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 13.

[46] Respuesta de Indonesia a la pregunta 106 del Grupo Especial.

[47] Respuesta de Indonesia a la pregunta 106 del Grupo Especial.

[48] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 13.

[49] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 18; Indonesia - Prueba documental 10; y Estados Unidos - Prueba documental 100.

[50] Estados Unidos - Prueba documental 100.

[51] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 27.

[52] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 32; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 32 (Indonesia - Prueba documental 75).

[53] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 13; respuesta de Indonesia a la pregunta 16 del Grupo Especial; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 16 del Grupo Especial.

[54] Estados Unidos - Prueba documental 100 e Indonesia - Prueba documental 68. En respuesta a la pregunta 80 del Grupo Especial, Indonesia afirma que considera que los datos de importación correspondientes al Código SA 24022010 comunicados por la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos que figuran en la Prueba documental 100 presentada por los Estados Unidos y la Prueba documental 68 presentada por Indonesia representan con exactitud las exportaciones de cigarrillos de clavo de olor de Indonesia a los

16,2 millones de dólares EE.UU. en 2007, 14,8 millones de dólares EE.UU. en 2008 y 7,5 millones de dólares EE.UU. en 2009.[55] Durante esos tres años prácticamente todos los cigarrillos de clavo de olor fueron importados de Indonesia.[56]

2.27 El Grupo Especial entiende que, si bien la inmensa mayoría de los cigarrillos de clavo de olor consumidos en los Estados Unidos parecen proceder de Indonesia, había al menos una empresa estadounidense, Nat Sherman, que fabricaba un cigarrillo aromatizado con clavo de olor antes de la entrada en vigor de la FSPTCA.[57]

2.28 Por lo que respecta a los cigarrillos con otros aromas característicos abarcados por el artículo 907(a)(1)(A), no hay pruebas de alguna cuota de mercado significativa en los Estados Unidos antes de la aplicación de la prohibición en 2009.[58]

3. Esfuerzos internacionales limitar el consumo de tabaco: el *Convenio Marco para el Control del Tabaco*

2.29 En el curso de las actuaciones, las partes han hecho referencia al *Convenio Marco para el Control del Tabaco* ("CMCT"), un tratado internacional administrado por la Organización Mundial de la Salud ("OMS") como parte de los actuales esfuerzos internacionales para limitar el consumo de tabaco.[59] El CMCT se negoció en respuesta a preocupaciones sobre una epidemia de consumo de tabaco globalizada, exacerbada por el aumento del comercio internacional del tabaco y las inversiones directas extranjeras.[60] El tratado tiene por objeto reducir la demanda y la oferta de tabaco. Contiene prescripciones sobre presentación de informes nacionales y estrategias para facilitar el ajuste estructural para las personas cuya subsistencia depende de la producción de tabaco. El CMCT entró en vigor en 2005. Actualmente tiene 172 partes. Los Estados Unidos son signatarios[61] del CMCT[62], pero Indonesia no lo es.[63]

2.30 Cada dos años se celebra una Conferencia de las Partes que negocia la aplicación de los artículos del Convenio mediante el desarrollo de documentos de directrices o protocolos adicionales. En la cuarta Conferencia de las Partes, celebrada del 15 al 20 de noviembre de 2010 en Punta del Este, un grupo de trabajo del CMCT presentó un proyecto de documento, titulado *Directrices parciales para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio*, con miras a promover la aplicación de los

---

Estados Unidos. Observamos que la Prueba documental 68 presentada por Indonesia sólo contiene información sobre el valor de las importaciones expresado en dólares de los Estados Unidos, mientras que la Prueba documental 100 presentada por los Estados Unidos contiene información tanto sobre el valor como sobre el número de cigarrillos. Por consiguiente, reflejamos las cifras relativas a las importaciones de cigarrillos de clavo de olor en los Estados Unidos presentadas en Estados Unidos - Prueba documental 100.

[55] Pruebas documentales 100 y 134 presentadas por los Estados Unidos.

[56] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 18; primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 35; y Estados Unidos - Pruebas documentales 100 y 134.

[57] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 35.

[58] Respuesta de Indonesia a la pregunta 17 del Grupo Especial. Los Estados Unidos, en respuesta a la pregunta 17 del Grupo Especial, sostienen que no han podido obtener datos sobre cuota de mercado para todos los productos que no contienen clavo de olor prohibidos por el artículo 907(a)(1)(A).

[59] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110-111; respuesta de Indonesia a las preguntas 19 y 97 del Grupo Especial; primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 140-143; segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 7, 13, 20, 143; y respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 19 y 97 del Grupo Especial.

[60] http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9241591013.pdf.

[61] Indonesia indica, en el párrafo 110 de su primera comunicación escrita, que los Estados Unidos han firmado el CMCT, pero no lo han ratificado.

[62] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 141 y nota 178; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 19 del Grupo Especial; y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.

[63] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 178.

artículos 9 ("Reglamentación del contenido de los productos de tabaco") y 10 ("Reglamentación de la divulgación de información sobre los productos de tabaco") del CMCT.[64] La cuarta Conferencia de las Partes adoptó las "*Directrices parciales* de la OMS", que no son vinculantes para las partes.

2.31 Las *Directrices parciales* disponen, entre otras cosas, que "desde el punto de vista de la salud pública, no hay justificación alguna para permitir la utilización de ingredientes, como los aromatizantes, gracias a los cuales el tabaco resulta más atractivo".[65] Definen el "atractivo" en términos de "factores tales como el sabor, el aroma y otros atributos sensoriales, la facilidad de uso, la flexibilidad del sistema de dosificación, el costo, la reputación o imagen, los riesgos y beneficios asumidos, y otras características de un producto que tienen por objeto estimular su consumo".[66] Como antecedentes para esa recomendación, las *Directrices parciales* de la OMS indican que: "la reglamentación de los ingredientes encaminada a reducir el atractivo de los productos de tabaco puede contribuir a reducir la prevalencia del tabaquismo y la dependencia del tabaco entre los usuarios nuevos y habituales", y que "se recomienda que las restricciones abarquen el mayor número posible de rasgos distintivos que den a los productos de tabaco mayor atractivo para los consumidores".[67]

2.32 Las *Directrices parciales* de la OMS recomiendan, entre otras cosas, que "las Partes deberían regular, mediante prohibiciones o restricciones, los ingredientes que pueden utilizarse para aumentar la palatabilidad de los productos de tabaco".[68] Los ingredientes a que se hace referencia son: i) los utilizados para incrementar la palatabilidad; ii) los que tienen propiedades colorantes; iii) los utilizados para dar la impresión de que los productos reportan beneficios para la salud; y iv) los asociados a la energía y la vitalidad. Entre los ingredientes que aumentan la palatabilidad enumerados en las *Directrices parciales* de la OMS están los edulcorantes (por ejemplo, glucosa, melaza, miel y sorbitol), los agentes enmascaradores (por ejemplo, benzaldehído, maltol, mentol y vainillina) y las especias y hierbas (por ejemplo, canela, jengibre y menta).

III. SOLICITUDES DE CONSTATACIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES

3.1 En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, Indonesia solicita al Grupo Especial que constate que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con[69]:

a) el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y, subsidiariamente, el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994[70], porque da lugar a un trato menos favorable para los

[64] El texto del proyecto de Directriz, que se adoptó sin cambios en la Conferencia de las Partes, puede consultarse en línea en http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/CMCT_COP4_28draft-sp.pdf.

[65] Artículo 1.2.1.1 ("Atractivo").

[66] Artículo 1.3 ("Términos empleados").

[67] Artículo 3.1.2.1 ("Ingredientes - Antecedentes").

[68] El texto del proyecto de Directrices, que fue adoptado sin cambios en la Conferencia de las Partes, puede consultarse en línea en http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/CMCT_COP4_28draft-sp.pdf.

[69] En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, Indonesia presentó alegaciones al amparo del artículo XX del GATT de 1994 y los artículos 2, 3, 5 y 7 del *Acuerdo MSF*. No obstante, en respuesta a las preguntas 1 y 20 del Grupo Especial, aclaró que no estaba alegando que existiera una infracción del artículo XX del GATT de 1994, y que la medida en litigio no es una medida sanitaria o fitosanitaria, y en consecuencia no está sujeta al *Acuerdo MSF*.

[70] En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, Indonesia presentó la alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 como una alegación principal. No obstante, en el párrafo 69 de su primera comunicación escrita y en respuesta a la pregunta 25 del Grupo Especial, aclaró que su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 era subsidiaria de su alegación en materia de trato nacional al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

cigarrillos de clavo de olor importados que el otorgado a un producto nacional similar, los cigarrillos mentolados;

b) el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo;

c) el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque los Estados Unidos no respondieron a las preguntas de Indonesia pidiendo una explicación y justificación de la prohibición, formuladas durante las conversaciones bilaterales celebradas el 27 de agosto de 2009 y por conducto del Comité OTC el 20 de agosto de 2009 (documento G/TBT/W/323);

d) el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque la prohibición relativa a los aromas característicos se basa en características descriptivas;

e) el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque los Estados Unidos no cumplieron las prescripciones de los párrafos 9.1, 9.2, 9.3 y 9.4 del artículo 2 al adoptar un reglamento técnico que tiene un efecto significativo en el comercio de Indonesia;

f) el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque en caso de que los Estados Unidos hubieran considerado que había una justificación para no seguir el procedimiento establecido en el párrafo 9 del artículo 2, no notificaron a la Secretaría la medida ni la naturaleza urgente del problema;

g) el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque los Estados Unidos no previeron un plazo prudencial entre la publicación de la medida y la fecha en que ésta entró en vigor; y

h) el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, porque la prohibición de cigarrillos con aromas característicos creó un obstáculo innecesario a las exportaciones de Indonesia, un país en desarrollo.

3.2 Los Estados Unidos solicitan al Grupo Especial que rechace en su totalidad las alegaciones de Indonesia.[71]

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

4.1 Los argumentos de las partes, tal como figuran en sus comunicaciones al Grupo Especial, se adjuntan al presente informe en los anexos A, C y D (véase la lista de anexos, páginas xvii y xviii del presente informe).

V. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

5.1 Los argumentos de los terceros, tal como figuran en sus comunicaciones al Grupo Especial, se adjuntan al presente informe en el anexo B (véase la lista de anexos, páginas xvii y xviii del presente informe).

[71] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 344.

VI. REEXAMEN INTERMEDIO

A. CONSIDERACIONES GENERALES

6.1 El 27 de mayo de 2011, el Grupo Especial dio traslado de su informe provisional a las partes. El 10 de junio de 2011, Indonesia informó al Grupo Especial de que no tenía intención de pedir un reexamen de ningún aspecto concreto de dicho informe. Los Estados Unidos sí presentaron una petición escrita de reexamen de aspectos concretos del informe provisional. El 17 de junio de 2011, Indonesia presentó observaciones sobre varias peticiones de reexamen presentadas por los Estados Unidos. Ninguna de las partes pidió una reunión de reexamen intermedio.

6.2 De conformidad con el párrafo 3 del artículo 15 del ESD, en la presente sección del informe del Grupo Especial figura un examen de los argumentos esgrimidos en la etapa intermedia de reexamen. Cuando lo ha considerado procedente, el Grupo Especial ha modificado determinados aspectos del informe a la luz de las observaciones de las partes. Por último, el Grupo Especial ha introducido en el informe, en aras de una mayor claridad y precisión, un número limitado de correcciones de carácter editorial. Las secciones, números de párrafo y notas a que se hace referencia en esta sección VI son los del informe provisional. Cuando procede, se incluyen las referencias a los párrafos y las notas del informe definitivo.

B. OBSERVACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE EL INFORME PROVISIONAL

1. Aspectos fácticos

6.3 El Grupo Especial señala que los Estados Unidos presentaron varias peticiones de reexamen del texto de la sección II del presente informe, que ya se había sometido al examen de las partes en el marco de la parte expositiva. Observamos que los Estados Unidos no aprovecharon el plazo de dos semanas otorgado por el Grupo Especial para formular observaciones sobre la parte expositiva a fin de sugerir esos cambios específicos. No obstante, el Grupo Especial ha decidido aceptar algunos de los cambios que los Estados Unidos han pedido que se introduzcan en la sección II del presente informe, con el fin de garantizar que la descripción de los hechos que se hace en él sea precisa.

6.4 Con respecto al párrafo 2.13 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que las frases tercera y cuarta se modifiquen de la siguiente manera:

> "A lo largo de los siguientes decenios los productos de tabaco fueron objeto de nuevas reglamentaciones~~, pero~~ por parte de los Estados Unidos. ~~no intensificaron sus esfuerzos de lucha contra las enfermedades relacionadas con el tabaco hasta~~ En el decenio de 1990~~. Teniendo presente ese objetivo~~, la FDA y el Congreso de los Estados Unidos investigaron a la industria tabacalera estadounidense 'en relación con los peligros de los cigarrillos, que la industria conocía, y sus esfuerzos para ocultarlos, así como para comercializar cigarrillos entre los niños'.[18]"

6.5 Los Estados Unidos sostienen que ese cambio aporta mayor claridad y precisión en lo que respecta a la historia de la regulación del tabaco en ese país. Según los Estados Unidos, los párrafos 80 y 81 de su primera comunicación escrita respaldan ese cambio.

6.6 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.7 El Grupo Especial acepta la sugerencia de los Estados Unidos y, por consiguiente, ha modificado el texto del párrafo 2.13 del informe definitivo.

6.8 Con respecto al párrafo 2.14 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que las dos primeras frases se modifiquen de la siguiente manera:

> "Esas investigaciones dieron lugar a litigios privados contra ~~la industria tabacalera~~ las empresas tabacaleras, así como a litigios iniciados por varios Estados ~~de los Estados Unidos~~ con miras a recuperar los costos relacionados con el tabaco en que incurría el sistema de salud pública. ~~El resultado de esos procedimientos fue la firma de~~ A mediados del decenio de 1990, casi todos los Estados de los Estados Unidos habían demandado a la industria tabacalera. Para resolver el litigio, las cinco principales empresas tabacaleras estadounidenses (Brown and Williamson Tobacco Corporation, Lorillard Tobacco Company, Phillip Morris Incorporated, RJ Reynolds Tobacco Company y Commonwealth Tobacco Company) firmaron un Arreglo General (*Master Settlement Agreement* ("MSA")) ~~entre~~ con esos Estados ~~y las cinco principales empresas tabacaleras estadounidenses (Brown and Williamson Tobacco Corporation, Lorillard Tobacco Company, Phillip Morris Incorporated, RJ Reynolds Tobacco Company y Commonwealth Tobacco Company)~~."

6.9 Los Estados Unidos sostienen que ese cambio aporta mayor claridad y precisión en lo que respecta a la historia de la regulación del tabaco en ese país. Según los Estados Unidos, los párrafos 82 y 83 de su primera comunicación escrita respaldan ese cambio.

6.10 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.11 El Grupo Especial acepta la sugerencia de los Estados Unidos y, por consiguiente, ha modificado el texto del párrafo 2.14 del informe definitivo.

6.12 Con respecto al párrafo 2.16 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que la última frase se modifique de la siguiente manera:

> "En 1997, antes de que se hubieran aplicado plenamente los reglamentos, las empresas tabacaleras estadounidenses impugnaron las facultades reglamentarias de la FDA, y en 2000 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos invalidó las normas de la FDA, constatando que el Congreso de los Estados Unidos no había otorgado a la FDA las facultades necesarias para reglamentar los cigarrillos y el tabaco sin humo tal como normalmente se comercializaban.[25]"

6.13 Los Estados Unidos sostienen que ese cambio garantiza la coherencia con otras referencias al Congreso de los Estados Unidos contenidas en el informe provisional.

6.14 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.15 El Grupo Especial acepta la sugerencia de los Estados Unidos y, por consiguiente, ha modificado el texto del párrafo 2.16 del informe definitivo.

6.16 Con respecto al párrafo 2.21 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que se modifique de la siguiente manera:

> "La FSPTCA regula también la comercialización, por ejemplo estableciendo una gama de restricciones y prescripciones en materia de publicidad[34], exigiendo la presencia de etiquetas de advertencia gráfica y otras formas de divulgación[35], y autorizando a la FDA a establecer criterios y restricciones adicionales por lo que respecta al etiquetado, la publicidad y la promoción de productos de tabaco.[36]"

6.17 Los Estados Unidos sostienen que la legislación adoptada antes de la FSPTCA exigía la presencia de determinadas etiquetas de advertencia en los productos de tabaco, y que ese cambio aclara que la FSPTCA exigía específicamente el etiquetado de advertencia gráfica.

6.18 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.19 El Grupo Especial acepta la sugerencia de los Estados Unidos y, por consiguiente, ha modificado el texto del párrafo 2.21 del informe definitivo.

6.20 Con respecto al párrafo 2.23 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que se modifique de la siguiente manera:

> "El informe de marzo de 2011 del TPSAC, que se presentó a la FDA el 18 de marzo de 2011[42], afirma que la 'eliminación del mercado de los cigarrillos mentolados obraría en beneficio de la salud pública en los Estados Unidos'.[43] Ese informe también sugiere que se lleve a cabo una nueva evaluación. La FDA examinará más a fondo las recomendaciones del TPSAC.[44]"

6.21 Los Estados Unidos aducen que el informe del TPSAC vinculaba su recomendación a un examen de esferas específicas para una nueva evaluación. Sostienen que ese cambio hace que la información sea más precisa y completa. Asimismo, afirman que el párrafo 12 de su respuesta a la pregunta 115 a) del Grupo Especial y el capítulo 8 del informe del TPSAC (Contrabando, evasión, producción e importación ilegales de cigarrillos mentolados, la aromatización con mentol posterior a la comercialización, el potencial mercado negro del mentol, y otras consideraciones) respaldan ese cambio.

6.22 **Indonesia** se opone a la adición propuesta por los Estados Unidos. En particular, Indonesia aduce que los Estados Unidos podrían estar sugiriendo que la "nueva evaluación" incluya la recomendación del TPSAC de prohibir el mentol. Sin embargo, en su opinión, el capítulo 8 del informe del TPSAC indica dos esferas en que se sugiere llevar a cabo una nueva evaluación: i) el desarrollo de un mercado negro de cigarrillos mentolados dependiendo de cuáles sean las medidas que adopte la FDA en respuesta al informe; y ii) "las lagunas en la comprensión de las cuestiones relativas a los cigarrillos mentolados y la salud pública". Indonesia propone que el texto del párrafo 2.23 se modifique de la manera siguiente:

> "Ese informe también sugiere que se lleve a cabo una nueva evaluación del posible desarrollo de un mercado negro y se realicen investigaciones adicionales con objeto de colmar las lagunas en la comprensión de las cuestiones relativas a los cigarrillos mentolados y la salud pública."

6.23 Tras haber examinado las observaciones de ambas partes, el Grupo Especial ha insertado en el párrafo 2.23 del informe definitivo la frase propuesta por los Estados Unidos y ha completado la referencia en consonancia con las observaciones de Indonesia, empleando los términos utilizados en el informe del TPSAC. La frase en cuestión dice lo siguiente: "Ese informe también sugiere que se lleve a cabo una nueva evaluación con respecto al contrabando de cigarrillos mentolados y recomienda que se realicen investigaciones adicionales con objeto de colmar las lagunas en la comprensión de las cuestiones relativas a los cigarrillos mentolados y la salud pública."

2. *La cuestión de si el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC*

6.24 Con respecto al párrafo 7.60 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que la última frase se modifique de la siguiente manera:

> "En su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos aducen que las características físicas pertinentes que diferencian a los cigarrillos de clavo de olor de los cigarrillos ordinarios y mentolados son: i) la mezcla casi igual de tabaco y clavo de olor; ii) la "salsa especial" que contienen; y iii) la ~~existencia~~ presencia de eugenol.[169]"

6.25 Los Estados Unidos sostienen que ese cambio aporta mayor claridad.

6.26 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.27 El Grupo Especial acepta la sugerencia de los Estados Unidos y, por consiguiente, ha modificado el texto del párrafo 7.60 del informe definitivo.

6.28 Con respecto al párrafo 7.64 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que se modifique de la siguiente manera:

> "Los Estados Unidos acusan a Indonesia de no haber demostrado que los cigarrillos de clavo de olor indonesios y los cigarrillos ordinarios o mentolados se consideran "intercambiables" en el mercado, y de haber aportado datos no fiables para sugerir que los cigarrillos de clavo de olor presentan pautas de usos similares a las de los cigarrillos de tabaco o mentolados, si bien a menor escala.[183] De hecho, a diferencia de ~~al contrario que~~ los cigarrillos de clavo de olor, los cigarrillos mentolados no son predominantemente cigarrillos de iniciación para los jóvenes en los Estados Unidos, porque los consumen mucho los adultos.[184]"

6.29 Los Estados Unidos sostienen que ese cambio refleja el matiz de su argumento. Afirman que los párrafos 38 y 39 de su respuesta a la pregunta 91 del Grupo Especial respaldan ese cambio. En su opinión, los cigarrillos mentolados no son cigarrillos "de iniciación" de la misma manera que los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados, dado que el clavo de olor y otros aromas con frecuencia se consumen mucho más durante el período de iniciación que en cualquier otro período, mientras que los cigarrillos mentolados los consumen mucho los adultos. Aducen que sostuvieron que los cigarrillos mentolados, como todos los cigarrillos, pueden no obstante ser cigarrillos de iniciación para cualquier individuo.

6.30 **Indonesia** aduce que los párrafos a que se refieren los Estados Unidos se centran más en el consumo de cigarrillos de clavo de olor por los jóvenes, y lo único que señalan con respecto a los cigarrillos mentolados es que las pautas de consumo son diferentes, concluyendo que "el índice de consumo entre los jóvenes y el índice de consumo entre los adultos de más edad son mucho más parejos". Por consiguiente, Indonesia pide que el nuevo texto propuesto por los Estados Unidos se modifique de la manera siguiente:

> "A diferencia de los cigarrillos de clavo de olor, los cigarrillos mentolados no son predominantemente cigarrillos de iniciación para los jóvenes en los Estados Unidos, porque las tasas de consumo entre los jóvenes y entre los adultos de más edad son mucho más parejas."

6.31 Tras haber examinado las observaciones de ambas partes, el Grupo Especial ha modificado el texto del párrafo 7.64 del informe definitivo de la siguiente manera: "A diferencia de los cigarrillos de clavo de olor, los cigarrillos mentolados no son predominantemente cigarrillos de iniciación para

los jóvenes en los Estados Unidos. Según los Estados Unidos, las tasas de consumo de cigarrillos ordinarios y mentolados entre los jóvenes y entre los adultos de más edad son mucho más parejas.[72]"

6.32 Con respecto al párrafo 7.139 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que la primera frase se modifique de la siguiente manera:

> "Sin embargo, discrepamos de los Estados Unidos en que la identificación del producto nacional similar en una solicitud de establecimiento de un grupo especial simplemente equivale~~, en todos los casos,~~ a un argumento en la presente diferencia."

6.33 Los Estados Unidos aducen que ese cambio aclara su posición. Según los Estados Unidos, lo que habían argumentado es que la identificación del "producto similar" nacional es un aspecto de la argumentación en apoyo (o en contra) de una alegación sobre el trato nacional formulada por una parte. Los Estados Unidos sostienen que no consideran que "en todos los casos" la identificación del producto nacional similar sea, necesariamente, un aspecto de la argumentación y no un aspecto de la propia alegación. Los Estados Unidos aducen que el párrafo 7 de su respuesta a la pregunta 83 del Grupo Especial respalda esa aclaración.

6.34 **Indonesia** se opone al cambio sugerido por los Estados Unidos basándose en que el párrafo 7 de la respuesta de éstos a la pregunta 83 del Grupo Especial no limita su afirmación solamente a los hechos de la presente diferencia.

6.35 Tras haber examinado la sugerencia de los Estados Unidos y las observaciones de Indonesia al respecto, el Grupo Especial coincide con Indonesia en que el párrafo 7 de la respuesta[73] de los Estados Unidos a su pregunta 83 no parece respaldar su petición. Por el contrario, el texto de ese párrafo indica que los Estados Unidos estaban haciendo una declaración general que se aplica en todos los casos. Por consiguiente, el Grupo Especial declina incluir las palabras "en la presente diferencia" al final de la frase pertinente. No obstante, el Grupo Especial ha suprimido las palabras "en todos los casos" para que se refleje mejor el texto del párrafo 7 de la respuesta en cuestión. La frase correspondiente del párrafo 7.139 del informe definitivo dice lo siguiente: "Sin embargo, discrepamos de los Estados Unidos en que la identificación del producto nacional similar en una solicitud de establecimiento de un grupo especial simplemente equivale a un argumento."

6.36 Con respecto al párrafo 7.170 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que la segunda frase se modifique de la siguiente manera:

> "Indonesia sostiene que los cigarrillos mentolados también tienen sus propios aromatizantes, a los que se hace referencia como 'salsa' o '*casing*' (una determinada mezcla de ingredientes).[366] A ese respecto, los Estados Unidos aducen que la salsa especial utilizada en los cigarrillos de clavo de olor indonesios no es la misma utilizada en todos los cigarrillos, incluidos los mentolados~~.~~[367]<u>, porque los fabricantes de cigarrillos de clavo de olor diseñan específicamente la salsa y la comercializan por su atractivo singular, mientras que los fabricantes de cigarrillos mentolados y ordinarios no lo hacen.</u>"

---

[72] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 91 del Grupo Especial, párrafo 39.

[73] El párrafo pertinente dice lo siguiente:
"Los productos nacionales objeto del análisis del producto similar previsto en el artículo III son elementos de la argumentación de las partes en la diferencia en apoyo (y en contra) de la alegación sobre el trato nacional, y deberán determinarse en las comunicaciones escritas y orales de las partes al grupo especial. Por consiguiente, los productos nacionales utilizados como base para la argumentación no formarían parte del mandato del grupo especial."

6.37 Los Estados Unidos sostienen que ese cambio aclara que lo que habían aducido es que una de las diferencias entre la mezcla de ingredientes de los cigarrillos ordinarios o mentolados y la "salsa especial" de los cigarrillos de clavo de olor es que la "salsa especial" es parte de la comercialización y del atractivo singular de estos últimos. Los Estados Unidos aducen que el párrafo 19 de su respuesta a la pregunta 87 del Grupo Especial respalda ese cambio.

6.38 **Indonesia** se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos. En su opinión, el párrafo 19 no dice nada sobre la comercialización ni tampoco sobre los cigarrillos mentolados ni ordinarios. Indonesia sostiene que no hay en el expediente ninguna prueba que respalde la alegación de los Estados Unidos de que los fabricantes de cigarrillos mentolados y ordinarios no comercializan el sabor o el aroma que confieren a esos cigarrillos la mezcla de ingredientes o los aromatizantes utilizados en ellos. Para reflejar con mayor precisión lo que dice el párrafo 19 de la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 87 del Grupo Especial, Indonesia sugiere que el texto propuesto por los Estados Unidos se sustituya por el siguiente: "porque los fabricantes de cigarrillos de clavo de olor utilizan una receta especial que es esencial para conferirles a esos cigarrillos su aroma característico".

6.39 Tras haber examinado la sugerencia de los Estados Unidos y las observaciones de Indonesia al respecto, el Grupo Especial opina que el párrafo 19 de la respuesta de los Estados Unidos a su pregunta 87[74] no contiene el texto que éstos proponen. Por consiguiente, declina introducir el cambio sugerido por los Estados Unidos, pero no obstante ha añadido el siguiente texto extraído de esa respuesta al del párrafo 7.170 del informe definitivo: "Los Estados Unidos explican que el aroma que confiere la salsa a los productos es parte del sabor esencial y de la identidad de éstos".

6.40 Con respecto al párrafo 7.183 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que se modifique de la siguiente manera:

> "En lo tocante a la toxicidad, ambas partes coinciden en que todos esos cigarrillos son dañinos para la salud y pueden causar la muerte. ~~Ambas partes coincidieron inicialmente en que su toxicidad relativa no era objeto de esta diferencia. Sin embargo, parece que~~ Además, los Estados Unidos ~~han modificado su posición en su segunda comunicación escrita, en la que~~ han mantenido que determinados aditivos que contienen los cigarrillos de clavo de olor, como el eugenol y la cumarina, son particularmente dañinos para la salud.[386]"

6.41 Los Estados Unidos sostienen que ese cambio aclara cuál ha sido su posición a lo largo del procedimiento. Aducen que los párrafos 164 y 166 de su primera comunicación escrita respaldan ese cambio. Según los Estados Unidos, han mantenido en todo momento, también en su primera comunicación, que todos los cigarrillos son dañinos y pueden causar la muerte, pero que, además, los de clavo de olor entrañan un riesgo particular para la salud. Afirman que profundizaron en el particular riesgo que entrañan para la salud los cigarrillos de clavo de olor a fin de refutar los argumentos de Indonesia y responder a las preguntas del Grupo Especial. Según ellos, al hacerlo no modificaron su posición.

---

[74] El párrafo 19 dice lo siguiente:
"La salsa utilizada en los cigarrillos de clavo de olor no es una mezcla de ingredientes genérica, sino una receta especial que es esencial para conferirles a esos cigarrillos su aroma característico. Tampoco hay ninguna prueba de que la descripción de la salsa especial que se añade a esos cigarrillos sea una mera estrategia de comercialización pasajera o temporal[74]; antes bien, el aroma que confiere la salsa a los productos es parte del sabor esencial y de la identidad de éstos. Indonesia no ha presentado pruebas en cuanto a los ingredientes y el aroma de la salsa para refutar lo que su propia industria sostiene."

6.42 **Indonesia** se opone al cambio sugerido por los Estados Unidos. En particular, Indonesia señala que el texto de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos a que se hace referencia no respalda la adición del término "particularmente". Para Indonesia, las pruebas aportadas por ambas partes demuestran que el adormecimiento de la garganta no es un efecto particular provocado por el eugenol que contienen los cigarrillos de clavo de olor, puesto que el mentol tiene esa misma propiedad, y que la cumarina no está específicamente prohibida como aditivo de los cigarrillos. Para respaldar su posición, Indonesia se remite a la nota 210 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, a las páginas 705 y 708 de la Prueba documental 73 presentada por los Estados Unidos, y a su Prueba documental 21.

6.43 Tras haber examinado las sugerencias de los Estados Unidos y las observaciones de Indonesia al respecto, el Grupo Especial declina introducir los cambios propuestos por los Estados Unidos. El Grupo Especial opina que el texto del párrafo 7.183 del informe definitivo refleja correctamente la argumentación presentada por los Estados Unidos.

6.44 Con respecto al párrafo 7.203 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que se modifique de la siguiente manera:

> "Los Estados Unidos consideran que los consumidores pertinentes son todos los fumadores actuales y posibles en los Estados Unidos, y definen a los "posibles" consumidores como jóvenes en la edad de iniciación. La definición de fumadores 'actuales' que dan los Estados Unidos incluye a los adultos de más edad. Sostienen que las pautas de consumo tanto entre los jóvenes en la etapa de iniciación como entre los adultos de más edad deberían evaluarse y examinarse en el marco del criterio de los 'gustos y hábitos de los consumidores' utilizado para el análisis del producto similar, y en relación con el fundamento de salud pública de la medida."

6.45 Los Estados Unidos aducen que ese cambio proporciona un resumen más completo de su argumento sobre los consumidores pertinentes a los efectos del análisis del producto similar. Sostienen que el párrafo 42 de su respuesta a la pregunta 92 del Grupo Especial y el párrafo 17 de sus observaciones sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial respaldan ese cambio. En su opinión, su argumento sobre la pertinencia de los consumidores "actuales", que comprenden a los adultos, en el análisis del producto similar tiene tanta importancia como su argumento sobre los "posibles consumidores".

6.46 **Indonesia** se opone al cambio propuesto por los Estadios Unidos. En particular, sostiene que los párrafos a que éstos hacen referencia para respaldar ese cambio no contienen la definición de fumadores "actuales" que ellos proponen. En su opinión, tanto la respuesta inicial de los Estados Unidos como sus observaciones sobre la respuesta de Indonesia ponen de relieve la necesidad de incluir a los "posibles" consumidores, como se refleja en el informe del Grupo Especial.

6.47 Tras haber examinado la sugerencia de los Estados Unidos y las observaciones de Indonesia al respecto, el Grupo Especial coincide con Indonesia en que los párrafos a que hacen referencia los Estados Unidos no incluyen una definición de "fumadores actuales". Sin embargo, coincidimos con los Estados Unidos en que han sostenido la pertinencia de las pautas de consumo para el análisis de la similitud, en particular, en el marco del criterio de los gustos y hábitos de los consumidores. Por consiguiente, el Grupo Especial ha añadido la siguiente frase al texto del párrafo 7.203 del informe definitivo: "Los Estados Unidos sostienen que las pautas de consumo tanto entre los jóvenes en la etapa de iniciación como entre los fumadores habituales de más edad deberían evaluarse y examinarse en el marco del criterio de los gustos y hábitos de los consumidores utilizado para el análisis del producto similar, y en relación con el fundamento de salud pública de la medida".

6.48 Con respecto al párrafo 7.272 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que se divida en dos párrafos y se modifique de la siguiente manera:

> "A juicio de los Estados Unidos, el Grupo Especial debe comparar el trato dado a *todos* los cigarrillos importados (en la medida en que sean similares), y no sólo a los cigarrillos de clavo de olor, con el trato otorgado a todos los cigarrillos de producción nacional (en la medida en que sean similares). Desde este punto de vista, los Estados Unidos ponen de relieve que el artículo 907(a)(1)(A) se aplica a los cigarrillos, tanto importados como nacionales, que tienen aromas característicos, los cuales constituyen una pequeña categoría dentro de los cigarrillos en general. Al mismo tiempo, la prohibición no se aplica a los cigarrillos ordinarios ni a los mentolados, sea cual sea su origen, incluidos los cigarrillos ordinarios procedentes de Indonesia y los cigarrillos mentolados tanto importados como nacionales.
>
> [Nuevo párrafo 7.273]
>
> En ~~su~~ opinión de los Estados Unidos, Indonesia no está en lo correcto cuando afirma que el artículo 907(a)(1)(A) da un trato menos favorable 'si una importación procedente de Indonesia figura entre los aromas característicos prohibidos y *un* cigarrillo producido en los Estados Unidos no figura entre ellos'.[494] A juicio de los Estados Unidos, el enfoque del 'mejor trato' que preconiza Indonesia es incompatible con el texto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Sostienen que, como determinó el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, la comparación pertinente debe establecerse, por el contrario, entre el grupo de productos importados 'similares' y el grupo de productos nacionales 'similares'.[495] A juicio de los Estados Unidos, el Órgano de Apelación reconoció que un Miembro puede establecer distinciones entre productos que se haya determinado que son 'similares' sin por ello proteger la producción nacional o dar un trato menos favorable a los productos importados.[496]"

6.49 Los Estados Unidos sostienen que ese cambio aclara su posición. Afirman que los párrafos 54-56 de su declaración oral inicial en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial respaldan ese cambio. Según los Estados Unidos, lo que adujeron es que el trato dado a todos los productos que se haya determinado que son "similares" -incluidos tanto los importados como los nacionales- constituye una prueba pertinente para el análisis del trato menos favorable. Sostienen que adujeron que el Grupo Especial debía tener en cuenta los cigarrillos de tabaco ordinarios importados de Indonesia, así como los cigarrillos mentolados que sean importados, y otros cigarrillos aromatizados de cualquier origen.

6.50 **Indonesia** no se opone al cambio sugerido por los Estados Unidos.

6.51 El Grupo Especial acepta el cambio propuesto por los Estados Unidos y, por consiguiente, ha modificado el texto del párrafo 7.272 del informe definitivo. Sin embargo, prefiere mantener un solo párrafo.

6.52 Con respecto al párrafo 7.289 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que la segunda frase se modifique de la siguiente manera:

> "Los Estados Unidos han indicado a este Grupo Especial que no incluyeron los cigarrillos mentolados, que hemos constatado que son similares a los cigarrillos de clavo de olor en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, ~~por~~ porque hacerlo sin una nueva evaluación no sería apropiado para la salud pública, habida cuenta, entre otras cuestiones, de la posible repercusión en ~~su~~ el sistema de atención

> sanitaria y la posible aparición de un mercado negro y del contrabando de cigarrillos mentolados.[518]"

6.53 Los Estados Unidos aducen que ese cambio refleja con mayor precisión su posición. Afirman que los párrafos 107 a 110 de su primera comunicación escrita, los párrafos 9 a 32 de su segunda comunicación escrita y los párrafos 34 y 35 de su respuesta a la pregunta 92 b) del Grupo Especial respaldan ese cambio. Según ellos, lo que argumentaron es que sería inapropiado prohibir el mentol sin llevar a cabo una nueva evaluación, dado que la prohibición de un producto tan utilizado y adictivo podría tener consecuencias negativas para la salud pública y ser inalcanzable, inviable o ineficaz.

6.54 **Indonesia** se opone al cambio sugerido por los Estados Unidos. En primer lugar, señala que una de las referencias que éstos citan para respaldar su opinión es incorrecta porque, a su juicio, la pregunta del Grupo Especial pertinente para esta cuestión es la 90 b), no la 92 b). En segundo lugar, sostiene que ninguna de las fuentes a que remiten al Grupo Especial los Estados Unidos para respaldar el nuevo texto que proponen examina la posibilidad de prohibir los cigarrillos mentolados a condición de que se lleve a cabo "una nueva evaluación". En su opinión, las secciones de las comunicaciones de los Estados Unidos a que éstos hacen referencia defienden el enfoque del artículo 907 y tratan de proporcionar una justificación para eximir a los cigarrillos mentolados. La respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 90 b) del Grupo Especial indica que esa decisión fue el resultado de una "ponderación pragmática y razonable". Para Indonesia, ninguna de las declaraciones de los Estados Unidos a que éstos hacen referencia, incluido el párrafo 34 de su respuesta a la pregunta 90 b) del Grupo Especial, indica en modo alguno que la prohibición de los aromatizantes volvería a evaluarse y posiblemente se extendería al mentol tras "una nueva evaluación". Sostiene que, de hecho, el párrafo 53 indica que "no era viable" y que no existía la intención de prohibir la mayoría de los cigarrillos. En consecuencia, el Grupo Especial no debería aceptar que se añada la frase "porque hacerlo sin una nueva evaluación no sería apropiado para la salud pública, habida cuenta, entre otras cuestiones, de".

6.55 Tras haber examinado la sugerencia de los Estados Unidos y las observaciones de Indonesia al respecto, el Grupo Especial acepta el cambio propuesto por los Estados Unidos y, por consiguiente, modifica el párrafo 7.289 en el informe definitivo. A juicio del Grupo Especial, Indonesia no tiene razón cuando aduce que los Estados Unidos no han mencionado en sus comunicaciones la necesidad de llevar a cabo una nueva evaluación con respecto a los cigarrillos mentolados. En particular, señalamos que el párrafo 34 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos dice lo siguiente: "Aunque los cigarrillos mentolados no estén prohibidos, son, como todos los cigarrillos, productos incuestionablemente perjudiciales. El consumo de cigarrillos mentolados por el público en general, y los métodos publicitarios y de comercialización del producto empleados por las empresas tabacaleras, siguen siendo motivo de gran preocupación para el Congreso, la FDA y para los defensores de la salud, y también objeto de intenso estudio en los Estados Unidos. En particular, el Congreso, en el artículo 907(e) de la FSPTCA, encomendó a un comité creado por ley, el Comité Consultivo Científico sobre Productos de Tabaco ("TPSAC"), que 'emitiera un informe y una recomendación sobre la cuestión de la repercusión en la salud pública del uso de mentol en los cigarrillos, incluido el consumo entre los niños, los afroamericanos, los hispanos, y otras minorías raciales y étnicas'. El examen de la cuestión por el TPSAC está en curso.". Además, en los párrafos 21 y 23 de su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos dicen que "la prohibición de los productos aromatizados con tabaco y mentol, que tanta demanda tienen, puede tener consecuencias negativas" y que "encomiendan al TPSAC que lleve a cabo un intenso estudio de los cigarrillos aromatizados con mentol a fin de comprender mejor las cuestiones de salud pública asociadas a posibles restricciones futuras". Sin embargo, Indonesia tiene razón en que los Estados Unidos se han referido erróneamente a los párrafos 34 y 35 de su respuesta a la pregunta 92 b) del Grupo Especial. Deberían haberse referido a los párrafos 34 y 35 de su respuesta a la pregunta 90 b) del Grupo Especial.

3. La cuestión de si el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

6.56 Con respecto al párrafo 7.319 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que la nota 584 se modifique de la siguiente manera:

> "El Grupo Especial observa que los Estados Unidos han aducido que su posición de que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) comprende la consideración de las consecuencias negativas para la salud pública está respaldada por el propio texto del artículo 907(a)(1)(A), así como por otras disposiciones del artículo 907, como el artículo 907(b)(2). Según han explicado los Estados Unidos, el artículo 907(b)(2) exige que, antes de aprobar, revisar o revocar una norma relativa a los productos de tabaco, la FDA considere las consecuencias negativas de toda propuesta de nueva norma o de revisión o revocación de una norma vigente. Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 60 y 100 del Grupo Especial."

6.57 Los Estados Unidos aducen que ese cambio resume con mayor precisión su posición con respecto al objetivo del artículo 907(a)(1)(A). En su opinión, su posición de que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) comprende la consideración de las consecuencias negativas no sólo está respaldada por el texto del artículo 907(a)(1)(A), sino también por otras disposiciones del artículo 907.

6.58 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.59 El Grupo Especial está de acuerdo en que el texto adicional propuesto por los Estados Unidos resumiría con mayor precisión su posición en cuanto al objetivo del artículo 907(a)(1)(A). Por consiguiente, ha introducido ese cambio en la nota 588 del informe definitivo.

6.60 Con respecto al párrafo 7.321 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que la nota 590 se modifique de la siguiente manera:

> "Los Estados Unidos entienden que una parte reclamante no establece una infracción del párrafo 2 del artículo 2 probando que existe una medida alternativa que cumple el objetivo legítimo del Miembro importador en el nivel que éste considera adecuado y que es menos restrictiva del comercio, cuando esa medida es menos restrictiva sólo por un margen *de minimis*. *Véase* la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 263 (donde se cita una carta dirigida por Peter D. Sutherland, Director General del GATT, al Embajador John Schmidt, Negociador Jefe de los Estados Unidos (15 de diciembre de 1993), Estados Unidos - Prueba documental 79). Sin embargo, dado que ninguna de las medidas alternativas que Indonesia propone prohíbe el comercio de ningún tipo de cigarrillos aromatizados, los Estados Unidos consideran que 'en la presente diferencia no parece plantearse' la cuestión de si el párrafo 2 del artículo 2 establece el criterio de que la medida deba ser 'significativamente menos restrictiva del comercio'. Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 57 del Grupo Especial, párrafo 130."

6.61 Los Estados Unidos aducen que ese cambio resume con mayor precisión su argumento.

6.62 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.63 El Grupo Especial está de acuerdo en que el texto adicional propuesto por los Estados Unidos resumiría con mayor precisión su argumento. Por consiguiente, ha introducido ese cambio en la nota 594 del informe definitivo.

6.64 Con respecto a los párrafos 7.362 y 7.363 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que se inserte el siguiente texto después de la segunda frase del párrafo 7.363:

> "Los Estados Unidos señalan además que mientras que el apartado b) del artículo XX se centra en si una medida es necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, el párrafo 2 del artículo 2 se aplica más ampliamente a cualquier objetivo legítimo, y se centra más en si el grado de restricción del comercio es necesario para alcanzar un objetivo que en si la medida lo es. Algo que refleja la importancia de esos ejemplos es que no sólo aquellos reglamentos técnicos que pueden considerarse 'necesarios' son compatibles con las prescripciones del párrafo 2 del artículo 2. A juicio de los Estados Unidos, el párrafo 2 del artículo 2 no limita la facultad de un Miembro para aplicar reglamentos técnicos que considere deseables más que necesarios. Además, y lo hemos señalado antes [informe provisional, párrafo 7.323], los Estados Unidos han aducido que esas diferencias significan que el elemento 'contribución importante' de la jurisprudencia sobre el apartado b) del artículo XX no forma parte del análisis relativo al párrafo 2 del artículo 2. Antes bien, el criterio del párrafo 2 del artículo 2 es diferente: si la medida restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo al nivel deseado por el Miembro."

6.65 Los Estados Unidos aducen que ese cambio garantiza que su argumento se exponga con precisión. Sostienen que los párrafos 78 y 79 de su respuesta a la pregunta 103 a) del Grupo Especial, los párrafos 181 y 182 de su segunda comunicación escrita y los párrafos 121-125 de su respuesta a la pregunta 55 del Grupo Especial respaldan ese cambio.

6.66 Los Estados Unidos no están de acuerdo con la declaración del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.362, de que "los Estados Unidos no han señalado, de hecho, diferencias significativas entre los criterios elaborados en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 y los elaborados en el marco del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, ni ningún aspecto de la jurisprudencia sobre el apartado b) del artículo XX relacionado con la interpretación del término 'necesarias' que no se pueda aplicar al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*". Los Estados Unidos afirman que sí lo han hecho. Por ejemplo, si bien tanto el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 como el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* emplean el término "necesarias", el resto de ambas disposiciones es muy distinto. Según los Estados Unidos, el hecho de que tengan un término en común no es suficiente para indicar que sea apropiado aplicar en un contexto conceptos interpretativos utilizados en el otro. Los Estados Unidos sostienen que el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 se centra en si una medida es necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. El párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplica más ampliamente a cualquier objetivo legítimo, y se centra más en si el grado de restricción del comercio es necesario para alcanzar un objetivo que en si la medida lo es. Según los Estados Unidos, no sólo aquellos reglamentos técnicos que pueden considerarse "necesarios" son compatibles con las prescripciones del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Los Estados Unidos aducen que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no limita la facultad de un Miembro para aplicar reglamentos técnicos que considere deseables más que necesarios. Además, y como se reconoce en el párrafo 7.323 del informe provisional, los Estados Unidos sostienen que adujeron que esas diferencias significan que el elemento "contribución importante" de la jurisprudencia sobre el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 no forma parte del análisis relativo al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Antes bien, según los Estados Unidos, el criterio del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es diferente: si una medida restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo al nivel deseado por el Miembro.

6.67 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.68 El Grupo Especial entiende que los Estados Unidos están pidiendo que se añada un nuevo texto en el párrafo 7.363 para que se refleje su argumento de que la cuestión que se plantea en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es si la *propia medida* es necesaria, mientras que la que se plantea en el marco del párrafo 2 del artículo 2 es si el *grado de restricción del comercio* es necesario. El Grupo Especial coincide con los Estados Unidos en que ese argumento podría reflejarse con mayor claridad en el informe. Sin embargo, considera que la inserción del texto adicional sugerido por los Estados Unidos a continuación de la primera frase del párrafo 7.363 podría crear cierta confusión en cuanto a cuál es el argumento al que está respondiendo el Grupo Especial en el resto del párrafo 7.363. Por consiguiente, ha añadido el siguiente nuevo texto a la nota 662 del informe definitivo a fin de reflejar ese argumento de los Estados Unidos y de responder a él:

> "Los Estados Unidos, basándose en esta diferencia entre la redacción del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 y la del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, aducen además que existe otra diferencia significativa entre estas disposiciones, a saber, que la cuestión que se plantea en el marco del apartado b) del artículo XX es si la *propia medida* es necesaria, mientras que la cuestión que se plantea en el marco del párrafo 2 del artículo 2 es si el *grado de restricción del comercio* es necesario (segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 181; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 55 del Grupo Especial, párrafo 123). Coincidimos con los Estados Unidos en que el texto del apartado b) del artículo XX se refiere a la cuestión de si la medida que restringe el comercio es necesaria para alcanzar su objetivo, mientras que el del párrafo 2 del artículo 2 se refiere a la cuestión de si el grado de restricción del comercio que entraña esa medida es necesario para alcanzar su objetivo. Sin embargo, los Estados Unidos no han explicado por qué o cómo un análisis formulado en relación con la necesidad de la 'restricción del comercio' impuesta por una medida que restringe el comercio difiere significativamente de otro análisis referente a la necesidad de esa medida que restringe el comercio. Por ejemplo, los argumentos de los Estados Unidos en la presente diferencia sugieren que un grupo especial que analiza la necesidad del *grado de restricción del comercio* que entraña una medida que restringe el comercio a tenor del párrafo 2 del artículo 2 (en oposición a la necesidad de una *medida* que restringe el comercio) seguiría teniendo que examinar en qué grado esa *medida* hace una 'contribución' a su objetivo. Recordamos, a este respecto, que los Estados Unidos reconocen que 'aunque el párrafo 2 del artículo 2 no exige que la medida alcance su objetivo, es difícil creer que una medida que es completamente incapaz de alcanzar su objetivo -es decir, una medida que no hace siquiera una contribución marginal a su objetivo- pueda declararse compatible con el párrafo 2 del artículo 2' (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 a) del Grupo Especial)."

6.69 Con respecto al párrafo 7.365 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que se añada una nueva nota al final de la primera frase que diga lo siguiente:

> "Nueva nota 661:
>
> El Grupo Especial toma nota de que los Estados Unidos también sostienen que una carta dirigida en 1993 por Peter D. Sutherland, Director General del GATT, al Embajador John Schmidt, Negociador Jefe de los Estados Unidos, Estados Unidos - Prueba documental 79, brinda un apoyo adicional, como medio de interpretación complementario previsto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la posición de que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe interpretarse de forma similar al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y, concretamente, que no cabe considerar que una medida restringe el

> comercio más de lo necesario si no existe una medida alternativa razonablemente disponible que sea 'significativamente' menos restrictiva del comercio."

6.70 Los Estados Unidos aducen que ese cambio resume con mayor precisión su argumento. Sostienen que el párrafo 178 de su segunda comunicación escrita respalda esos cambios.

6.71 Según los Estados Unidos, la carta del Director General del GATT en 1993 (Prueba documental 79 presentada por los Estados Unidos) brinda un apoyo adicional, como medio de interpretación complementario previsto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la posición de que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe interpretarse de forma similar al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y, concretamente, que no cabe considerar que una medida restringe el comercio más de lo necesario si no existe una medida alternativa razonablemente disponible que sea significativamente menos restrictiva del comercio.

6.72 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.73 El Grupo Especial está de acuerdo en que el texto adicional propuesto por los Estados Unidos resumiría su argumento con mayor precisión. En consecuencia, ha añadido una nueva nota 665 al final de la primera frase del párrafo 7.365 del informe definitivo que contiene el texto propuesto por los Estados Unidos.

6.74 Con respecto al párrafo 7.392 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que se modifique de la siguiente manera:

> "En consecuencia, no consideramos que los datos de estudios facilitados por Indonesia ofrezcan una base suficiente ~~muy sólida~~ para determinar que ~~si~~ la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes."

6.75 Los Estados Unidos sostienen que ese cambio es necesario porque el Grupo Especial ha constatado que las propias pruebas presentadas por Indonesia demuestran que los jóvenes de 17 años y de menor edad consumen cigarrillos de clavo de olor desproporcionadamente (véanse, por ejemplo, los párrafos 7.390 y 7.391 del informe provisional) y para garantizar que la declaración del Grupo Especial a este respecto no se interprete indebidamente.

6.76 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.77 El Grupo Especial coincide con los Estados Unidos en que la declaración que figura en el párrafo 7.392 del informe provisional podría interpretarse indebidamente. En aras de una mayor claridad, ha modificado el texto del párrafo 7.392 del informe definitivo de la manera que han propuesto los Estados Unidos.

6.78 Con respecto al párrafo 7.426 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que la última frase se modifique de la siguiente manera:

> "Sin embargo, lo más importante es que no está claro que las leyes aplicadas hasta la fecha por otros países puedan servir como punto de referencia de algún tipo para los Estados Unidos o cualquier otro Miembro soberano de la OMC, particularmente cuando Indonesia no ha establecido los objetivos de esas medidas extranjeras ni el nivel al que alcanzan sus respectivos objetivos, y tampoco si los objetivos de dichas medidas son los mismos que el objetivo de los Estados Unidos ni si esos países procuran lograr ese objetivo al mismo nivel que los Estados Unidos."

6.79 Los Estados Unidos aducen que la argumentación del Grupo Especial en el párrafo 7.426 está bien fundada. Sostienen que ese cambio mejora la argumentación al ofrecer una explicación más explícita en cuanto a por qué esto es así en este caso.

6.80 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.81 El Grupo Especial considera que el texto adicional propuesto por los Estados Unidos ayuda a explicar la observación que se hace en la última frase del párrafo 7.426. Por consiguiente, ha modificado ese párrafo en el informe definitivo como han propuesto los Estados Unidos.

4. La cuestión de si los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*

6.82 Con respecto al párrafo 7.608 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que la primera frase se modifique de la siguiente manera:

> "~~Los Estados Unidos sostienen que, e~~En cuanto al criterio jurídico en cuestión, los Estados Unidos sostienen que no basta con que Indonesia diga simplemente que es necesario 'algo' más de lo que los Estados Unidos han hecho, ~~Indonesia sólo dice que es necesario algo más de lo que los Estados Unidos han hecho,~~ sin explicar qué es exactamente ese 'algo' más.[993] ~~No basta con decir simplemente que es necesario 'algo' más de lo que los Estados Unidos han hecho.[994]~~"

6.83 Los Estados Unidos aducen que ese cambio corrige un posible error en la primera frase y refleja con más eficacia su argumento.

6.84 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.85 El Grupo Especial acepta el texto propuesto por los Estados Unidos. Por consiguiente, ha introducido ese cambio en el párrafo 7.608 del informe definitivo.

6.86 También con respecto al párrafo 7.608 del informe provisional, los **Estados Unidos** sugieren al Grupo Especial que las notas 993 y 994 se combinen de la manera siguiente:

> "Nota 993
>
> Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 106; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Grupo Especial, párrafo 118.
>
> Nota 994
>
> ~~Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Grupo Especial, párrafo 118.~~"

6.87 Los Estados Unidos sostienen que ese cambio es necesario en relación con la modificación del párrafo 7.608 sugerida.

6.88 **Indonesia** no se opone al cambio propuesto por los Estados Unidos.

6.89 El Grupo Especial ha aceptado el cambio propuesto por los Estados Unidos y ha combinado ambas notas en la nota 998 al párrafo 7.608 del informe definitivo.

5. Observaciones varias

6.90 Además de las observaciones de fondo expuestas *supra*, los Estados Unidos han hecho dos sugerencias tipográficas que el Grupo Especial ha tenido en cuenta.

VII. CONSTATACIONES

A. INTRODUCCIÓN

7.1 La presente diferencia concierne al artículo 907(a)(1)(A)[75], una medida de control del tabaco adoptada por los Estados Unidos por motivos de salud pública. Los cigarrillos son intrínsecamente nocivos para la salud de las personas, como reconocen la OMS, la comunidad científica y ambas partes en esta diferencia.

7.2 Para comenzar, este Grupo Especial se permite hacer hincapié en que las medidas para proteger la salud pública son de la mayor importancia, y que los Acuerdos de la OMC reconocen y respetan plenamente el derecho soberano de los Miembros a dictar reglamentaciones en respuesta a preocupaciones legítimas en materia de salud pública.

7.3 Destacamos que la OMC trata de promover el bienestar general mediante la liberalización del comercio, y reconoce el derecho de los Miembros de la OMC a adoptar medidas para proteger la salud pública. De hecho, los Miembros de la OMC gozan de gran autonomía para determinar sus propias políticas de protección de la salud de las personas. Esa autonomía sólo está limitada por la necesidad de velar por que los *medios* escogidos para llevar a cabo esas políticas sean compatibles con las normas de la OMC. Esas normas requieren que los Miembros se aseguren de que esos medios no sean discriminatorios y de que estén, por lo demás, en conformidad con las disposiciones de los Acuerdos de la OMC. El sexto considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC* es explícito a ese respecto:

> "*Reconociendo* que no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias para asegurar la calidad de sus exportaciones, o para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados, a condición de que no las aplique en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones del presente Acuerdo."

7.4 Los Miembros de la OMC también pusieron de relieve la importancia de la salud pública en la Declaración Ministerial que dio comienzo a la Ronda de Doha, en la que los Ministros subrayaron que las normas de la OMC no impiden a los Miembros adoptar medidas para la protección de la salud de las personas, a reserva del cumplimiento de los Acuerdos de la OMC.[76]

7.5 Somos asimismo conscientes de los importantes esfuerzos internacionales para limitar el consumo de tabaco en el contexto del CMCT de la OMS y las *Directrices parciales* de la OMS.[77]

---

[75] Véase la sección II.B *supra*.
[76] Declaración Ministerial de Doha, 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, párrafo 6.
[77] Véase la sección II.C.3 *supra*.

7.6 Nos incumbe evaluar objetivamente si el artículo 907(a)(1)(A) está en conformidad con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC comprendidos en nuestro mandato. Recordamos las palabras del Órgano de Apelación cuando éste reconoció que el objetivo de preservar la vida y la salud de las personas "es vital y de la máxima importancia"[78], y que "pocos intereses son más 'vitales' e 'importantes' que la protección de los seres humanos frente a riesgos sanitarios".[79]

B. ORDEN DE ANÁLISIS

7.7 Antes de iniciar nuestro análisis de las alegaciones jurídicas de Indonesia deseamos explicar nuestra decisión de seguir un determinado orden de análisis.

7.8 Si examinamos la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, observamos que ésta presenta alegaciones al amparo del párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT de 1994, los párrafos 1, 2, 5, 8, 9 (incluidos los párrafos 9.1, 9.2, 9.3 y 9.4) 10 y 12 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* y, en el caso de que los Estados Unidos alegaran que el artículo 907(a)(1)(A) es una medida sanitaria o fitosanitaria, los artículos 2, 3, 5 y 7 del *Acuerdo MSF*.[80]

7.9 Sin embargo, Indonesia, en su primera comunicación escrita, aclaró que su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 es una alegación subsidiaria de la presentada al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[81] Explicó asimismo que su alegación al amparo del artículo XX del GATT de 1994 representaba una refutación de una posible defensa por parte de los Estados Unidos.[82] Además, no presentó un análisis o una solicitud de constataciones con respecto a sus alegaciones condicionales sobre medidas sanitarias o fitosanitarias.

7.10 En respuesta a varias preguntas de este Grupo Especial encaminadas a aclarar el alcance de su mandato, y en posteriores comunicaciones, Indonesia confirmó: i) que su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 es subsidiaria de su alegación en materia de trato nacional al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; ii) que no está alegando que los Estados Unidos están cometiendo una infracción del artículo XX del GATT de 1994; y iii) que cree que la medida es un reglamento técnico sujeto al *Acuerdo OTC*, no una medida sanitaria o fitosanitaria sujeta al *Acuerdo MSF*.[83]

7.11 También hemos observado que Indonesia, aunque en su solicitud de establecimiento de un grupo especial presentó alegaciones al amparo de los párrafos 9.1, 9.2, 9.3 y 9.4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, posteriormente sólo presentó argumentos y pruebas relativas a sus alegaciones al amparo de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Entendemos, por consiguiente, que Indonesia ha desistido de sus alegaciones al amparo de los párrafos 9.1 y 9.4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, por lo cual no las examinaremos.[84]

---

[78] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 172.

[79] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 144 (no se reproducen las notas de pie de página).

[80] WT/DS406/2.

[81] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 69.

[82] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 114-127 y, en particular, el párrafo 115.

[83] Respuestas de Indonesia a las preguntas 1, 20 y 25 del Grupo Especial.

[84] Observamos que otros grupos especiales han aplicado un criterio similar por lo que respecta a las alegaciones abandonadas. Véanse, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *India - Derechos de importación adicionales*, párrafos 7.402-7.405; el informe del Grupo Especial, *Egipto - Barras de refuerzo de acero*, párrafo 7.30; y el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Reducción a cero (Japón) (párrafo 5 del artículo 21 - Japón)*, nota 16.

7.12 En consecuencia, lo que debemos determinar es si hay una secuencia particular de las alegaciones jurídicas que debe seguirse al examinar las alegaciones de Indonesia. A la luz del informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, entendemos que el orden de las alegaciones presentadas por el reclamante no obliga a los grupos especiales. Como indicó el Órgano de Apelación, "al cumplir los deberes que le corresponden en virtud del artículo 11 del ESD, un grupo especial puede apartarse del orden secuencial propuesto por la parte reclamante, en particular cuando así lo exijan la interpretación o aplicación correctas de las disposiciones jurídicas de que se trate".[85] No obstante, es habitual que los grupos especiales se atengan al orden de las alegaciones presentadas por el reclamante, a no ser que lo consideren inadecuado.

7.13 Recordamos que en *India - Automóviles*, el Grupo Especial que examinó ese asunto explicó que es importante determinar primero si algún principio válido de metodología de interpretación que, de no aplicarse, podría dar lugar a errores jurídicos, impone un orden concreto.[86] Ese Grupo Especial destacó asimismo que el orden escogido para el examen de las alegaciones puede repercutir también en la posibilidad de aplicar el criterio de economía procesal.[87] A juicio del Órgano de Apelación, la índole de la relación entre las disposiciones será lo que determine si existe una secuencia obligatoria de análisis.[88]

7.14 Como los Estados Unidos no han afirmado que el artículo 907(a)(1)(A) es una medida sanitaria o fitosanitaria, e Indonesia se ha abstenido de fundamentar sus alegaciones concernientes a esas medidas, no las examinaremos. Así pues, no es preciso que decidamos entre las alegaciones de Indonesia en materia sanitaria o fitosanitaria o sus alegaciones en materia de obstáculos técnicos al comercio como punto de partida de nuestro análisis.[89] Además, dado que la alegación formulada por

---

[85] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 277.

[86] Informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafo 7.154. Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafos 7.17 y 7.18.

[87] Informe del Órgano de Apelación, *India - Automóviles*, párrafo 7.161.

[88] El Órgano de Apelación constató lo siguiente:

> "Por lo tanto, en cada caso, la índole de la relación entre dos disposiciones será lo que determine si existe una secuencia obligatoria de análisis que, si no se sigue, daría lugar a un error de derecho. En algunos casos, esta relación es tal que, si el análisis no se estructura de acuerdo con la secuencia lógica correcta, ello tendrá repercusiones en el fondo del análisis propiamente dicho."
>
> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 109.
>
> El Órgano de Apelación también afirmó lo siguiente:
>
> "Al mismo tiempo, los grupos especiales deben asegurarse de que proceden sobre la base de un análisis debidamente estructurado para interpretar las disposiciones sustantivas en cuestión. Como constató el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camarones* y en *Canadá - Automóviles*, los grupos especiales que hacen caso omiso de un paso previo lógico del análisis o lo pasan por alto corren el riesgo de comprometer o invalidar constataciones ulteriores. Este riesgo aumenta en el caso de dos disposiciones jurídicamente relacionadas entre sí, en que una de ellas debe ser analizada antes que la otra por razones de lógica y de coherencia analítica, como ocurre en el caso de los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo XVII del GATT de 1994."
>
> Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 127.

[89] Si este Grupo Especial hubiera de examinar las alegaciones de Indonesia en materia sanitaria o fitosanitaria, la primera cuestión básica habría sido si debía iniciar su análisis con las alegaciones en materia sanitaria o fitosanitaria condicionales de Indonesia, o más bien por sus alegaciones en materia de obstáculos técnicos al comercio. De hecho, el que la medida en litigio sea o no una medida sanitaria o fitosanitaria habría sido especialmente pertinente para decidir el orden de análisis en esta diferencia, porque el párrafo 5 del

Indonesia al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 es una alegación subsidiaria de la formulada al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, no se plantea cuál de esos acuerdos abarcados, el *Acuerdo OTC* o el GATT de 1994, debe abordarse antes.

7.15 Hay, pese a ello, una cuestión básica que tenemos que tratar antes de examinar las alegaciones de Indonesia en el marco del *Acuerdo OTC*. De hecho, tenemos que considerar si el *Acuerdo OTC* es aplicable al artículo 907(a)(1)(A). Observamos que Indonesia adujo que el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico. Por consiguiente, comenzaremos examinando si el artículo 907(a)(1)(A) es un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*, y si, en consecuencia, son aplicables las obligaciones a que aluden las alegaciones de Indonesia en el marco del *Acuerdo OTC*.

7.16 Si constatamos que el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico, procederemos a examinar las alegaciones presentadas por Indonesia en el marco del *Acuerdo OTC*, comenzando por la formulada al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Si no constatamos que existe una infracción de esa disposición, examinaremos la alegación subsidiaria conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[90] Si constatamos la existencia de infracción, procederemos a examinar, por orden numérico, el resto de las alegaciones de Indonesia al amparo del *Acuerdo OTC*.

7.17 Haremos, no obstante una excepción a ese orden numérico con nuestro examen de los párrafos 9.2, 9.3 y 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y examinaremos primero la alegación de Indonesia de conformidad con el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Como explicaremos con más detalle en la sección VII.I.2 *infra*, el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* sólo es aplicable cuando un Miembro incumple las obligaciones generales establecidas en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, primero examinaremos si en la presente diferencia se dan las condiciones de urgencia descritas en el párrafo 10 del artículo 2 y, si constatamos que no se dan, procederemos a examinar las alegaciones de Indonesia al amparo de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.18 Por último, observamos que Indonesia hizo ciertas declaraciones en el sentido de que el artículo 907(a)(1)(A) infringe las disposiciones del *Acuerdo OTC* y del GATT de 1994 arriba mencionadas "tanto en sus propios términos como en su aplicación".[91] El Grupo Especial trató de aclarar la posición de Indonesia a ese respecto, ya que podía entenderse que esas declaraciones significaban que Indonesia está presentando alegaciones contra el artículo 907(a)(1)(A) tanto "en sí

---

artículo 1 del *Acuerdo OTC* dispone expresamente que las medidas sanitarias y fitosanitarias, tal como se definen en el Anexo A del *Acuerdo MSF*, están *excluidas* del ámbito de aplicación del *Acuerdo OTC*. Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafo 8.29.

[90] Observamos que ambas partes han aplicado distintos criterios al orden de análisis de las alegaciones de Indonesia al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Indonesia se refirió primero al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, seguido, subsidiariamente, por el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994; los Estados Unidos, en su primera comunicación escrita, iniciaron sus argumentos centrándose en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, sin hacer referencia al hecho de que Indonesia estaba presentando esa alegación como subsidiaria de la formulada al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. El razonamiento de los Estados Unidos era que el párrafo 4 del artículo III ha sido objeto de un examen más detallado por los grupos especiales y el Órgano de Apelación que el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Seguidamente, sí analizaron brevemente el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y llegaron a una conclusión común sobre las "alegaciones en materia de trato nacional". Posteriormente, la segunda comunicación escrita de Indonesia, aunque comienza por el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, refuta la mayoría de los argumentos de los Estados Unidos en la sección dedicada al párrafo 4 del artículo III. Sin embargo, los Estados Unidos, en su segunda comunicación escrita, abordan ambas alegaciones al mismo tiempo.

[91] Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 43, 127 y 149.

mismo" como "en su aplicación".[92] Sin embargo, Indonesia no nos ha explicado claramente en qué manera sus alegaciones contra la medida "en su aplicación" diferirían, si en algo difieren, de sus alegaciones contra la medida "en sí misma".[93] De hecho, no podemos identificar en los argumentos de Indonesia nada que guarde relación con la "aplicación" del artículo 907(a)(1)(A) distinguiéndola de sus alegaciones contra el artículo 907(a)(1)(A) "en sí mismo". Por nuestra parte, tampoco vemos en qué manera la distinción "en sí misma"/"en su aplicación" tendría importancia en el presente caso.[94] Por consiguiente, hemos decidido no basarnos en la distinción "en sí misma"/"en su aplicación" al analizar las alegaciones de Indonesia, y en consecuencia no presentamos análisis separados o constataciones sobre el artículo 907(a)(1)(A) "en su aplicación".

7.19 Así pues, iniciaremos nuestro análisis examinando si el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*.

C. LA CUESTIÓN DE SI EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) ES UN "REGLAMENTO TÉCNICO" EN EL SENTIDO DEL PÁRRAFO 1 DEL ANEXO 1 DEL *ACUERDO*

1. Argumentos de las partes

7.20 **Indonesia** sostiene que el artículo 907(a)(1)(A) es un "reglamento técnico" con arreglo a la definición que figura en el párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*.[95] Remitiéndose a la orientación dada por el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, Indonesia mantiene que el artículo 907(a)(1)(A) es aplicable a un "grupo de productos identificable" (es decir, determinados cigarrillos aromatizados, y especialmente los cigarrillos de clavo de olor), establece las "características de un producto" (es decir, prohíbe la adición de aromas característicos, salvo el mentol), y es de cumplimiento "obligatorio".[96] Indonesia observa que los Estados Unidos no niegan que el artículo 907 es un "reglamento técnico".[97]

[92] Preguntas 2, 3 y 82 del Grupo Especial.

[93] El Grupo Especial formuló dos preguntas a Indonesia pidiéndole que explicara en qué manera sus alegaciones contra la medida "en su aplicación" diferían de sus alegaciones contra la medida "en sí misma". En sus respuestas, Indonesia explicó en qué modo una alegación contra una medida "en su aplicación" difiere de una alegación contra una medida "en sí misma". Respuestas de Indonesia a las preguntas 2 y 82 del Grupo Especial. Sin embargo, seguimos sin ver claro si *sus* alegaciones contra la medida "en su aplicación" difieren de *sus* alegaciones contra la medida "en sí misma", y de qué manera, en *esta* diferencia.

[94] El Órgano de Apelación ha explicado que "la importancia de la 'distinción entre legislación imperativa y discrecional' puede variar de un caso a otro". Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 214, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Examen por extinción: acero resistente a la corrosión*, párrafo 93. En *Estados Unidos - Neumáticos (China)*, el Grupo Especial que examinó ese asunto explicó que "en la práctica, la importancia de la distinción entre imperativo y discrecional es más patente en los asuntos en que, si bien la legislación de un Miembro, por los términos en que está formulada, parece ser incompatible con las normas de la OMC, hay una discrecionalidad suficiente para que las autoridades nacionales apliquen la legislación de forma compatible con las normas de la OMC". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Neumáticos (China)*, párrafo 7.118. En el presente caso, las alegaciones de Indonesia atañen a la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor establecida en el artículo 907(a)(1)(A). Los Estados Unidos no niegan que dicho artículo requiere la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor (junto con otros cigarrillos con aromas característicos). Además, los Estados Unidos en ningún momento han sugerido que sus autoridades nacionales están de algún modo facultadas para aplicar el artículo 907(a)(1)(A) de manera que excluya los cigarrillos de clavo de olor del ámbito de la prohibición.

[95] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 44.

[96] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 46 y 47.

[97] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 128.

7.21 Los **Estados Unidos** reconocen que "la medida es un reglamento técnico".[98] Sostienen, no obstante, que su opinión sobre la naturaleza del artículo 907(a)(1)(A) en cuanto que reglamento técnico no debería cambiar la norma de examen del Grupo Especial, en virtud de la cual éste debe hacer una evaluación objetiva, basada en los hechos sometidos a su consideración, de si la medida en litigio es o no un reglamento técnico.[99]

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.22 Indonesia alega que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con los párrafos 1, 2, 5, 8, 9, 10 y 12 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*. Observamos que, con arreglo a sus propios términos, esas disposiciones son aplicables a los "reglamentos técnicos".[100] Esto significa que si el artículo 907(a)(1)(A) no es un "reglamento técnico" en el sentido del *Acuerdo OTC*, esas disposiciones no serían aplicables a esa medida. Así pues, la determinación de si el artículo 907(a)(1)(A) es un "reglamento técnico" es una cuestión básica en nuestro examen de las alegaciones de Indonesia al amparo del *Acuerdo OTC*.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.23 El párrafo 2 del artículo 1 del *Acuerdo OTC* dispone que "a los efectos del presente Acuerdo el sentido de los términos definidos en el Anexo 1 será el que allí se precisa". El párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* define un "reglamento técnico" como sigue:

> "Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas."

7.24 Tomamos nota de que la definición de la expresión "reglamento técnico" en el párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* ya ha sido examinada por el Órgano de Apelación, primero en *CE - Amianto*, y después, una vez más, en *CE - Sardinas*.[101] En aquellos asuntos, el Órgano de Apelación estableció tres criterios que un documento debe satisfacer para estar comprendido en la definición de "reglamento técnico" en el párrafo 1 del Anexo 1:

> "... *Primero*, el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable. No obstante, el producto o grupo de productos *identificable* no tiene que estar expresamente *identificado* en el documento. *Segundo*, el documento debe establecer una o más características del producto. Estas características del producto

---

[98] Declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafos 26 y 60.

[99] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 213; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 22 del Grupo Especial, párrafo 58.

[100] El párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* es aplicable no sólo a los "reglamentos técnicos", sino también a las "normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad". Sin embargo, Indonesia no alega que la medida en litigio en esta diferencia es una "norma" o un "procedimiento para la evaluación de la conformidad".

[101] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 59-77; e informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafos 171-195. Véanse también el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.426-7.459; y el informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafos 492-515.

> pueden ser intrínsecas o pueden estar relacionadas con él. Las características se pueden prescribir o imponer de forma afirmativa o negativa. *Tercero*, la observancia de las características del producto debe ser obligatoria. Como subrayamos en el asunto *CE - Amianto*, estos tres criterios se deducen del texto de la definición del Anexo 1.1 ...".[102]

7.25 Por consiguiente, el Grupo Especial procederá a analizar si el artículo 907(a)(1)(A) es un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* examinando esos tres criterios.

c) Elementos de la definición de un reglamento técnico

i) Primer elemento: si el artículo 907(a)(1)(A) es aplicable a un "producto o grupo de productos identificable"

7.26 En el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación se refirió con detalle al primer elemento de la definición de "reglamento técnico":

> "Evidentemente, un 'reglamento técnico' ha de ser aplicable a un producto o grupo de productos *identificable*. De lo contrario, la aplicación coercitiva del reglamento sería, en la práctica, imposible. También se basa en esta consideración la obligación formal, establecida en el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, de que los Miembros notifiquen a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría de la OMC, 'cuáles *serán los productos abarcados*' por un 'reglamento técnico' en proyecto (sin cursivas en el original). Está claro que para cumplir esta obligación es necesario identificar los productos abarcados por el reglamento técnico. Sin embargo, a diferencia de lo que da a entender el Grupo Especial, esto no significa que un 'reglamento técnico' haya de aplicarse a productos '*dados*' que se *nombren*, *identifiquen* o *precisen* efectivamente en el reglamento (sin cursivas en el original). Aunque el *Acuerdo OTC* se aplica evidentemente a los 'productos' en general, en el texto de ese Acuerdo no hay nada que lleve a pensar que es necesario que esos productos se nombren o identifiquen *expresamente* en un 'reglamento técnico'. Por otra parte, puede haber razones administrativas perfectamente válidas para formular un 'reglamento técnico' de forma que *no* se identifiquen expresamente los productos por su nombre, sino que simplemente se haga que resulten identificables; por ejemplo, mediante la 'característica' que sea objeto de reglamentación."[103]

7.27 Observamos que la medida en litigio en el presente caso, el artículo 907(a)(1)(A), identifica expresamente los productos que abarca: cigarrillos y cualesquiera de sus partes componentes. A nuestro juicio, los productos abarcados por el artículo 907(a)(1)(A) no son simplemente "identificables", como al parecer ocurría en el asunto *CE - Amianto*. Antes bien, están "expresamente identificados". Observamos a ese respecto que el artículo 907 se titula "Normas aplicables a los productos de tabaco", y el artículo 907(a)(1)(A) "Regla especial para los cigarrillos". Observamos asimismo que en la parte pertinente del artículo 907(a)(1)(A) se dispone que "un cigarrillo o cualquiera de sus partes componentes (incluidos el tabaco, el filtro o el papel)" no contendrán ningún

[102] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 176 (las cursivas figuran en el original, no se reproduce la nota de pie de página), donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 66-70.

[103] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 70. En *CE - Amianto* el Órgano de Apelación concluyó que la medida en litigio en aquel caso era aplicable a un producto o grupo de productos identificable. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 74.

aroma característico que no sea tabaco o mentol. Además, las Orientaciones de la FDA[104] explican, bajo el encabezamiento "Productos abarcados", que el artículo 907(a)(1)(A) "se aplica a todos los productos de tabaco que satisfacen la definición de un cigarrillo" establecida en el artículo 900(3) de la FFDCA.[105]

7.28 Por consiguiente, constatamos que el artículo 907(a)(1)(A) es aplicable a un "producto o grupo de productos identificable", por lo que satisface el primer elemento de la definición de "reglamento técnico".

ii) Segundo elemento: si el artículo 907(a)(1)(A) establece una o más "características de un producto"

7.29 En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación afirmó que "la esencia de la definición de 'reglamento técnico' es que en un 'documento' se han de 'establecer' -es decir, enunciar, estipular o disponer- las '*características* de un producto'".[106] El Órgano de Apelación explicó que la expresión "características de un producto" que figura en el párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* debe interpretarse de conformidad con su sentido corriente:

> "... El término 'características' tiene una serie de sinónimos que son útiles para entender el sentido corriente de ese término en este contexto. Así, las 'características' de un producto incluyen, en nuestra opinión, cualesquiera 'calidades', 'atributos', 'peculiaridades' u otras 'marcas distintivas' de un producto que sean objetivamente definibles. Tales 'características' pueden referirse, en particular, a la composición, tamaño, forma, color, textura, dureza, resistencia a la tensión, inflamabilidad, conductividad, densidad o viscosidad de un producto. En la definición de 'reglamento técnico' que figura en el punto 1 del Anexo 1, el propio *Acuerdo OTC* da ciertos ejemplos de 'características de un producto': 'prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado'. Estos ejemplos indican que las 'características de un producto' incluyen no sólo las peculiaridades y calidades intrínsecas del propio producto, sino también características conexas tales como los medios de identificación, la presentación y la apariencia del producto ...".[107]

7.30 En el asunto *CE - Sardinas*, el Órgano de Apelación recordó el pasaje arriba citado e hizo hincapié en que las características de un producto incluyen no sólo "las peculiaridades y calidades intrínsecas del producto", sino también características relacionadas con él, como los medios de identificación.[108]

7.31 El artículo 907(a)(1)(A) establece "características de un producto". En efecto, una medida que prohíbe que los cigarrillos contengan determinados elementos constitutivos o aditivos con un "aroma característico" es, por definición, una medida que establece una o más "características de un producto". Entre otras cosas, el aroma de un cigarrillo no es sólo una "peculiaridad" (y probablemente también una "calidad" y "atributo") de ese producto, sino una peculiaridad que es "intrínseca del propio producto". También es evidente que el artículo 907(a)(1)(A) "se refiere ... a la

---

[104] Véanse los párrafos 2.8-2.11 *supra*.

[105] Orientaciones de la FDA, respuesta a la pregunta 2 (Indonesia - Prueba documental 41).

[106] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67 (las cursivas figuran en el original).

[107] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67. En *CE - Amianto* el Órgano de Apelación concluyó que la medida en litigio establecía una o más "características de un producto". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 74.

[108] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 189, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67. En *CE - Sardinas*, el Órgano de Apelación se mostró de acuerdo con la conclusión del grupo especial de que la medida en litigio establecía una o más "características de un producto". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 193.

composición de un producto", ya que afirma que ningún cigarrillo puede contener, como elemento constitutivo o aditivo, ningún aroma artificial o natural que sea un aroma característico (que no sea tabaco o mentol). En otras palabras, un cigarrillo no puede tener una "composición" que dé lugar a un aroma característico (que no sea tabaco o mentol).

7.32 A nuestro juicio, el hecho de que el artículo 907(a)(1)(A) establezca las características del producto en forma negativa ("un cigarrillo ... no contendrá") no afecta a la conclusión de que el artículo 907(a)(1)(A) establece características de un producto. Respalda nuestra conclusión el hecho de que las medidas en litigio en los asuntos *CE - Amianto* y *CE - Sardinas* establecían ambas las características del producto en forma negativa, y se constató que ambas eran "reglamentos técnicos" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*.

7.33 Recordamos que, en el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación constató que la medida en litigio estaba "formulada *negativamente* (se prohíben los productos que contengan amianto)", y que "en efecto, la medida dispone que *ningún producto* puede contener fibras de amianto".[109] El Órgano de Apelación explicó que:

> "Las 'características de un producto' pueden, en nuestra opinión, prescribirse o imponerse con respecto a los productos de forma afirmativa o negativa. En otras palabras, el documento puede disponer, afirmativamente, que los productos *han de tener* ciertas 'características', o el documento puede disponer, negativamente, que los productos *no han de tener* ciertas 'características'."[110]

7.34 Recordamos asimismo que en el asunto *CE - Sardinas* el Grupo Especial constató que la medida en litigio, al requerir el uso de únicamente la especie *sardina pilchardus* como sardinas en conserva, "establece de hecho características del producto en forma negativa".[111] El Grupo Especial estimó que un reglamento técnico, en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*, "puede prescribir o imponer características de un producto en forma tanto positiva como negativa".

7.35 A nuestro juicio, el hecho de que el artículo 907(a)(1)(A) no defina expresamente lo que constituye un "aroma característico" no afecta a la conclusión de que la medida regula las características de un producto.[112] En el pasaje del informe *CE - Amianto* arriba citado, el Órgano de Apelación indicó que las "características" de un producto incluyen "cualesquiera" calidades, atributos, peculiaridades u otras marcas distintivas de un producto que sean "objetivamente definibles". La falta de cualquier definición expresa del "aroma característico" en la medida no significa que la característica en cuestión no sea "objetivamente *definible*". Además, aunque el artículo 907(a)(1)(A) no define los términos "aroma característico", sí presenta varios ejemplos ilustrativos de aromas característicos que están prohibidos, entre ellos los de fresa, uva, naranja, clavo de olor, canela, piña, vainilla, coco, regaliz, cacao, chocolate, cereza o café.

---

[109] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 72 (las cursivas figuran en el original).

[110] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 69 (las cursivas figuran en el original). Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafo 7.44.

[111] Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafo 7.45, citado en el párrafo 179 del informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*.

[112] En el contexto de su alegación al amparo del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, Indonesia afirma que: "... la Regla Especial impone una prohibición de los cigarrillos con un 'aroma característico'. Sin embargo, la Ley no define lo que constituye un 'aroma característico' a efectos de la Regla Especial. Además, la FDA no ha especificado en ninguna otra manera lo que constituye un 'aroma característico' en sus orientaciones sobre la Regla Especial o en el aviso público en el que anunciaba su aplicación de la Regla Especial". Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 135.

7.36 Constatamos, por consiguiente, que el artículo 907(a)(1)(A) establece una o más "características de un producto", por lo que satisface el segundo elemento de la definición de un "reglamento técnico".

iii) Tercer elemento: si la observancia de las características del producto es obligatoria

7.37 El tercer elemento de la definición de un "reglamento técnico" es que la medida establezca características de un producto cuya observancia es "obligatoria".[113] En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación hizo las siguientes observaciones sobre el requisito de que un documento establezca características de un producto cuya observancia sea "obligatoria":

> "En la definición de 'reglamento técnico' que figura en el punto 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* también se dispone que la '*observancia*' de las 'características de un producto' establecidas en el 'documento' ha de ser '*obligatoria*'. En otras palabras, un 'reglamento técnico' ha de reglamentar las 'características' de un producto de forma vinculante o imperativa ...."[114]

7.38 En el asunto *CE - Sardinas*, tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación concluyeron que la medida en litigio establecía características de un producto que eran "obligatorias". La conclusión se basó en el hecho de que la medida en litigio estipulaba que las prescripciones que contenía eran "obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables a cada Estado Miembro".[115] A ese respecto, el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* observó que la palabra "*mandatory*" ("obligatoria") significa "obligatoria a consecuencia de una orden, forzosa".[116]

7.39 A nuestro entender, el artículo 907(a)(1)(A) establece características de un producto cuya observancia es "obligatoria". El carácter obligatorio del artículo 907(a)(1)(A) nos parece evidente a tenor de su texto, que dispone que un cigarrillo o cualquier parte componente de él "no contendrá", como elemento constitutivo o aditivo, ningún aroma artificial o natural (que no sean tabaco o mentol) o una hierba o especia que sea un aroma característico. Además, la Ley tiene por efecto "prohibir la fabricación y venta" de cigarrillos con determinados aromas característicos.[117] Las Orientaciones de la FDA explican cómo "se hará cumplir esa prohibición".[118] La *Ley de control del tabaco* también

---

[113] El *Acuerdo OTC* distingue entre "reglamentos técnicos" y "normas". La distinción esencial entre los dos tipos de medidas radica en que la primera es de carácter obligatorio, mientras que la segunda es de carácter voluntario. El párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*, ya citado más arriba, contiene la definición de "reglamento técnico". En la parte pertinente, dispone que un reglamento técnico es un documento que establece características de un producto "cuya observancia es obligatoria". El párrafo 2 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* define el término "norma". La parte pertinente de la disposición estipula que una "norma" es un "documento ... que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria". La *Nota explicativa* del párrafo 2 del Anexo 1 reitera que "a los efectos del presente Acuerdo, las normas se definen como documentos de aplicación voluntaria, y los reglamentos técnicos como documentos obligatorios".

[114] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 68 (las cursivas figuran en el original). En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación constató que la medida en litigio en aquel caso establecía características de un producto cuya observancia era "obligatoria". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 74.

[115] Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafo 7.30; e informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 194.

[116] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.453.

[117] Véase, por ejemplo, H.R. Rep. Nº 111-58, Pt. 1 (2009) (Indonesia - Prueba documental 2), página 37.

[118] FDA, Orientaciones para la rama de producción y el personal de la FDA, preguntas y respuestas generales sobre la prohibición de cigarrillos que contienen aromas característicos (segunda edición, 23 de

contiene disposiciones específicas para hacer frente al incumplimiento del artículo 907(a)(1)(A); entre otras, i) se considera que los productos que no cumplen el artículo 907(a)(1)(A) están "adulterados" en el sentido del artículo 902(5) de la FFDCA; ii) con arreglo a la FFDCA, los productos adulterados vendidos u ofrecidos a la venta en los Estados Unidos pueden ser objeto de decomiso en virtud del artículo 304 de la FFDCA; iii) con arreglo a los artículos 301, 302 y 303 de la FFDCA, la FDA está facultada para solicitar, entre otras medidas, mandamientos judiciales y procesamientos penales para hacer frente a infracciones del artículo 907(a)(1)(A) y otras disposiciones de la FFDCA.[119]

7.40 Constatamos, por consiguiente, que el artículo 907(a)(1)(A) establece características de un producto cuya observancia es "obligatoria", y en consecuencia satisface el tercer elemento de la definición de un "reglamento técnico".

d) Conclusión

7.41 Por las razones arriba expuestas, el Grupo Especial constata que el artículo 907(a)(1)(A) es un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*. El Grupo Especial procederá ahora a examinar las alegaciones formuladas por Indonesia al amparo de los párrafos 1, 2, 5, 8, 9, 10 y 12 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*.

D. LA CUESTIÓN DE SI EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC*

1. Argumentos de las partes

7.42 **Indonesia** alega que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* "porque la medida da lugar a un trato 'menos favorable' para los cigarrillos de clavo de olor importados que el otorgado a un producto nacional similar, los cigarrillos mentolados".[120] Sin embargo, en su primera comunicación, Indonesia sostiene que el artículo 907(a)(1)(A) "tanto con arreglo a sus términos como en su aplicación", infringe el párrafo 1 del artículo 2 porque otorga a un producto importado, los cigarrillos de clavo de olor, un trato 'menos favorable' que el concedido a un producto nacional similar, es decir, los cigarrillos ordinarios y los mentolados".[121] Indonesia aduce que los cigarrillos de clavo de olor son "similares" "a todos los demás cigarrillos producidos en el país, en general, y a los cigarrillos mentolados, en particular"[122], porque tienen las mismas propiedades físicas, usos finales, preferencias de los consumidores y clasificación arancelaria. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Indonesia aclaró que solicita al Grupo Especial que en primer lugar realice un análisis de si los cigarrillos de clavo de olor son un producto similar a los cigarrillos aromatizados con mentol y tabaco producidos en los Estados Unidos. En el caso de que el Grupo Especial decida limitar el análisis de la similitud a los cigarrillos con un "aroma característico

---

diciembre de 2009), 74 *Fed. Reg.* 48,974 (25 de septiembre de 2009) (Indonesia - Prueba documental 41), página 4 ("A partir del 22 de septiembre de 2009, los cigarrillos y sus partes componentes que contengan aromas característicos (que no sean tabaco o mentol) o una hierba o especia son ilegales. La FDA dispone de una gama de instrumentos reglamentarios y de observancia para hacer frente a infracciones de la prohibición por, entre otros, los fabricantes, los importadores, los distribuidores y los minoristas. Antes de adoptar medidas coercitivas, la práctica general del organismo consiste en enviar cartas de advertencia a las empresas para notificarles que sus productos infringen la Ley y darles la oportunidad de cumplirla. Como siempre, cuando las circunstancias lo aconsejan, la FDA puede adoptar medidas coercitivas para proteger la salud pública sin enviar primero una carta de advertencia").

[119] Véanse las respuestas de las partes a las preguntas 10 y 24 del Grupo Especial.

[120] Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, WT/DS406/2, página 2.

[121] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 43.

[122] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 65.

particular", aduce Indonesia, los cigarrillos de clavo de olor son "similares" a los cigarrillos mentolados nacionales.[123]

7.43 Indonesia aduce que, en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, una determinación de similitud es fundamentalmente una determinación acerca de la naturaleza y el alcance de una relación de competencia entre productos, tal como establece la jurisprudencia relativa al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. El razonamiento de Indonesia se basa en que el GATT de 1994 y el *Acuerdo OTC* son cada uno de ellos contexto para la interpretación del otro.[124] Al mismo tiempo, Indonesia sugiere que "un análisis caso por caso de la similitud en el contexto de una medida distinta podría concluir razonablemente que no todos los cigarrillos son similares *a los efectos de esa medida en particular*".[125]

7.44 Por lo que respecta a los criterios establecidos por el Grupo de Trabajo del GATT sobre *Ajustes fiscales en frontera*[126], Indonesia sostiene, en primer lugar, que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos producidos en el país, incluidos los mentolados, tienen las mismas características físicas.[127] Según Indonesia, ambos tipos de cigarrillos contienen tabaco curado y mezclas de tabaco en un envoltorio de papel con un filtro, y se consideran cigarrillos de "clase A" a efectos fiscales en los Estados Unidos. Indonesia añade que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados tienen más propiedades comunes, porque contienen tabaco y un ingrediente añadido (es decir, una hierba o especia). Aduce, por último, que no hay pruebas de que los cigarrillos de clavo de olor sean más tóxicos o supongan un mayor riesgo para la salud que los cigarrillos ordinarios o mentolados producidos en el país, y que, por tanto, no hay diferencia en sus características físicas.[128] De hecho, Indonesia aduce que en la presente diferencia "la toxicidad relativa de los cigarrillos de clavo de olor y los nacionales no es algo a tener en cuenta".[129]

7.45 Indonesia aclara además que los denominados cigarrillos con "aroma de caramelo" (por ejemplo, chocolate, fresa) pueden no ser "similares" a los cigarrillos ordinarios, mentolados o de clavo de olor, porque pueden suponer mayores riesgos para la salud ya que incitan a los jóvenes a empezar a fumar.[130] Indonesia ha indicado que "no pide al Grupo Especial que incluya los cigarrillos con aroma de caramelo en su análisis del producto similar".[131]

7.46 En segundo lugar, Indonesia sostiene que los cigarrillos de clavo de olor tienen los mismos usos finales que los cigarrillos producidos en el país, especialmente los mentolados, porque todos se utilizan para fumar tabaco.[132] Indonesia discrepa de los Estados Unidos en que los cigarrillos tienen otros dos usos finales: i) satisfacer la adicción a la nicotina; y ii) crear una experiencia placentera asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del tabaco. Por el contrario, aduce Indonesia, la aportación de nicotina es una consecuencia de fumar tabaco, y no puede considerarse que "proporcionar una experiencia placentera" sea un uso final, ya que se trata más bien de una conducta del consumidor.[133]

---

[123] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 65; respuesta de Indonesia a la pregunta 27 del Grupo Especial.

[124] Respuesta de Indonesia a la pregunta 26 del Grupo Especial.

[125] Respuesta de Indonesia a la pregunta 47 del Grupo Especial (sin cursivas en el original).

[126] Esto se explica en la sección VII.D.2 c) ii) *infra*.

[127] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 54.

[128] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 55, 57; respuestas de Indonesia a las preguntas 36-40 del Grupo Especial; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 70-74.

[129] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 71.

[130] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 63.

[131] Respuesta de Indonesia a la pregunta 27 del Grupo Especial, párrafo 71.

[132] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 59.

[133] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 78-80.

7.47 En tercer lugar, por lo que respecta a las "preferencias de los consumidores", Indonesia aduce que la mayoría de ellos percibe los cigarrillos ordinarios, mentolados y de clavo de olor como medios de fumar alternativos.[134] Destaca asimismo que lo más frecuente es que los fumadores escojan cigarrillos ordinarios o mentolados, y utilicen cigarrillos de clavo de olor como cigarrillos para "ocasiones especiales".[135] En su segunda comunicación escrita, "Indonesia niega que los cigarrillos de clavo de olor sólo se utilizan como cigarrillos ocasionales"[136], ya que algunos adultos han comunicado que los fuman más que otros cigarrillos. En lo fundamental, Indonesia sostiene que los fumadores están dispuestos a sustituir entre sí los cigarrillos de clavo de olor, mentolados y de tabaco con el mismo uso final de fumar.[137] De hecho, "la proporción de tiempo relativa en que los consumidores utilizan cigarrillos de clavo de olor en lugar de cigarrillos ordinarios o regulares no tiene por qué ser igual".[138]

7.48 En opinión de Indonesia, todos los cigarrillos tienen una mutua relación de competencia por lo que respecta al acceso a los canales de distribución, los anaqueles de los comercios y la cuota de mercado.[139] Indonesia aclara que el Grupo Especial debe limitar su evaluación de los gustos y hábitos de los consumidores a los consumidores estadounidenses.[140] Aclara asimismo que los consumidores pertinentes para el análisis de la similitud son los fumadores, sin análisis por grupos de edad.[141] En el caso de que el Grupo Especial decida realizar un análisis por grupos de edad, Indonesia sostiene que los grupos adecuados deberían ser "jóvenes" (menores de 18) y "adultos" (18 en adelante).[142] Sostiene asimismo que la población de jóvenes "que aún no fuman" no debe incluirse entre los consumidores pertinentes para el análisis de la similitud.[143] Por lo que respecta a las preferencias de los jóvenes, Indonesia concluye que los cigarrillos de clavo de olor no son utilizados "en una proporción abrumadora" por jóvenes fumadores, ya que los cigarrillos mentolados gozan de mucha más aceptación entre ellos.[144] En opinión de Indonesia, las pruebas pertinentes demuestran que los cigarrillos de clavo de olor no atraen a los jóvenes.[145]

7.49 Por último, Indonesia sostiene que los cigarrillos de clavo de olor y los producidos en el país tienen la misma clasificación arancelaria internacional al nivel de 6 dígitos.[146] La clasificación arancelaria de los cigarrillos que contienen tabaco, que abarca tanto los cigarrillos de clavo de olor como los cigarrillos estadounidenses, es SA 07 24.02.20. Por lo demás, la clasificación arancelaria estadounidense al nivel de 8 dígitos es irrelevante en la presente diferencia, ya que las comparaciones entre países se hacen únicamente al nivel de 6 dígitos.[147]

7.50 En lo tocante al elemento de "trato menos favorable", Indonesia aduce que el otorgado a los cigarrillos de clavo olor importados es menos favorable que el otorgado a los cigarrillos producidos en el país.[148] Mantiene que una prohibición de los cigarrillos de clavo de olor, que se importan

---

[134] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 60.
[135] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 60.
[136] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 82.
[137] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 82.
[138] Respuesta de Indonesia a la pregunta 42 del Grupo Especial.
[139] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 60.
[140] Respuesta de Indonesia a la pregunta 44 del Grupo Especial.
[141] Respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 22.
[142] Respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 23.
[143] Respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 24.
[144] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 84-85; y respuesta de Indonesia a la pregunta 43 del Grupo Especial.
[145] Respuesta de Indonesia a la pregunta 85 del Grupo Especial, párrafo 20.
[146] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 64.
[147] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 90; y respuesta de Indonesia a la pregunta 45 del Grupo Especial (Indonesia - Prueba documental 67).
[148] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 69; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 57.

principalmente de Indonesia, pero no de los cigarrillos ordinarios o mentolados, que se producen principalmente en el país, crea condiciones de competencia desiguales en el mercado estadounidense.[149] Aclara que el artículo 907(a)(1)(A), aunque con arreglo a sus términos es neutral, da lugar a una discriminación *de facto* de los productos importados.[150] Indonesia aduce además que la existencia de una infracción puede establecerse "demostrando que hay algunos productos importados a los que se otorga un trato menos favorable que el concedido al producto similar nacional tratado más favorablemente".[151]

7.51 Según Indonesia, mientras que los cigarrillos aromatizados con mentol y tabaco se producen principalmente en los Estados Unidos, los cigarrillos de clavo de olor se importan principalmente de Indonesia. En consecuencia, Indonesia explica que "el trato otorgado a todos los cigarrillos importados de todos los países es irrelevante en esta diferencia".[152]

7.52 Indonesia destaca que no ha aducido que puede identificarse un trato menos favorable si un único producto importado está restringido por una medida y un único producto nacional no lo está. Según Indonesia, en el presente caso casi todos los cigarrillos de clavo de olor sujetos a la prohibición eran importados, mientras que la inmensa mayoría de los cigarrillos no sujetos a la prohibición eran cigarrillos "similares" producidos en el país. Indonesia aduce que así ocurre, en particular, en el caso de los cigarrillos mentolados, dado que sólo una proporción insignificante de esos cigarrillos se importa en los Estados Unidos.[153]

7.53 Indonesia aduce que el hecho de que el artículo 907(a)(1)(A) pueda también afectar a cigarrillos producidos en los Estados Unidos "no subsana la medida". De hecho, Indonesia sostiene que el artículo 907(a)(1)(A), en sí mismo, se aplica casi exclusivamente a cigarrillos importados.[154] Indonesia mantiene también que la alegación de los Estados Unidos de que el artículo 907(a)(1)(A) sigue permitiendo la importación de la inmensa mayoría de los cigarrillos no es pertinente. Aduce que el trato otorgado a productos importados de otros países no es una cuestión sometida a la consideración del Grupo Especial.[155]

7.54 Indonesia mantiene que, contrariamente a la opinión de los Estados Unidos de que Indonesia tiene que demostrar que los cigarrillos que contienen clavo de olor están sujetos a un trato distinto sobre la base de su origen nacional o extranjero, ningún informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación "ha exigido nunca la prueba de un 'trato menos favorable' y una segunda prueba de que el trato en cuestión se otorgue 'en función del origen nacional'".[156] Aduce que, contrariamente a lo que sostienen los Estados Unidos, el análisis del "trato menos favorable" con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 no requiere un análisis separado centrado en si una medida se aplica "para proteger la producción nacional".[157]

---

[149] Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 58.
[150] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 94; y respuesta de Indonesia a la pregunta 48 del Grupo Especial.
[151] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 100; y respuesta de Indonesia a las preguntas 49 y 51 del Grupo Especial,
[152] Observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 42.
[153] Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 60.
[154] Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 61.
[155] Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 62; y respuesta de Indonesia a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 28.
[156] Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 63.
[157] Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 65.

7.55 Los **Estados Unidos** mantienen que la alegación de Indonesia al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se basa en un análisis viciado y en pruebas insuficientes.[158] Sostienen que la obligación del trato nacional establecida en el párrafo 1 del artículo 2 "*no* tiene por objeto impedir la adopción de medidas legítimas, como el artículo 907(a)(1)(A), que establecen normas neutrales para los productos sobre la base de criterios de salud pública".[159]

7.56 Según los Estados Unidos, el artículo 907(a)(1)(A) tiene por objeto eliminar la disponibilidad de los tipos de cigarrillos utilizados principalmente por los jóvenes, a menudo como "primeros cigarrillos".[160] Los Estados Unidos también mantienen que las pruebas más creíbles demuestran que la inmensa mayoría de los cigarrillos con un aroma característico que no sea tabaco o mentol (entre ellos los de clavo de olor) son fumados por jóvenes en una proporción abrumadora, y no son fumados por adultos en números apreciables.[161] No discrepan de la afirmación general de Indonesia de que sólo una pequeña proporción de la población fuma cigarrillos de clavo de olor, mientras que muchas más personas fuman cigarrillos mentolados. No obstante, a su juicio, lo importante por lo que respecta al artículo 907(a)(1)(A) es que dentro de la pequeña proporción de la población que fuma cigarrillos de clavo de olor, éstos atraen especialmente a los jóvenes.[162]

7.57 Los Estados Unidos explican que prohibir los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados no plantea en los Estados Unidos el mismo riesgo para la salud pública que prohibir los cigarrillos ordinarios o mentolados.[163] Aducen que los efectos en la salud pública de una eliminación precipitada de cigarrillos que decenas de millones de personas fuman regularmente no han sido evaluados lo suficiente para justificar una prohibición, y que por ello el artículo 907(a)(1)(A) no prohíbe los cigarrillos ordinarios o mentolados.[164] Los Estados Unidos explican que una prohibición precipitada de los cigarrillos de tabaco y mentolados podría tener consecuencias negativas para los fumadores, para el sistema de atención de salud de los Estados Unidos o para la sociedad en su conjunto debido a un incremento del mercado negro de cigarrillos.[165]

7.58 Los Estados Unidos aducen que los cigarrillos de clavo de olor indonesios no son similares a los cigarrillos mentolados o de tabaco fabricados en los Estados Unidos, ya que los primeros no están en relación de competencia con los segundos, y no son sustituibles o intercambiables entre minoristas o consumidores.[166] Mantienen que a pesar de que el *Acuerdo OTC* no contiene una disposición equivalente al párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994, sigue siendo posible basar el análisis de la "similitud" en la naturaleza y alcance de la relación de competencia entre los productos de que se trate.[167] Según los Estados Unidos, en el presente caso, como en el asunto *CE - Amianto*, la disimilitud entre los cigarrillos de clavo de olor, los de tabaco y los mentolados está directamente relacionada con las diversas percepciones que los consumidores tienen del producto y con el riesgo para la salud pública que suponen.[168]

7.59 Los Estados Unidos observan que el artículo 907(a)(1)(A) hace distinciones entre un grupo de productos ampliamente similares -los cigarrillos- sobre la base de factores relacionados con el

[158] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 144.
[159] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 87.
[160] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 146.
[161] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 147.
[162] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 149.
[163] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 148.
[164] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 150.
[165] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 22; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 89 del Grupo Especial.
[166] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 154.
[167] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 26 del Grupo Especial.
[168] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 45.

objetivo legítimo de proteger la salud pública. Por consiguiente, al realizar una determinación de la "similitud" será preciso, además de centrarse en la relación de competencia entre los productos, considerar cuidadosamente la importancia de características que generalmente son comunes a todos los cigarrillos y de características que son importantes por lo que respecta a la disposición de salud pública en cuestión.[169] Los Estados Unidos especifican que el fundamento de salud pública del artículo 907(a)(1)(A) debe tenerse en cuenta en el análisis de la "similitud" que se efectúe en el marco tanto del GATT de 1994 como del *Acuerdo OTC*, ya que hay ciertos "principios contextuales" que informan la obligación de trato nacional consagrada en ambos Acuerdos.[170]

7.60 Por tanto, el Grupo Especial debe atribuir importancia a las características físicas de los productos en cuestión y a los gustos y preferencias de los consumidores pertinentes por lo que respecta al fundamento de salud pública en base al cual el artículo 907(a)(1)(A) diferencia entre productos.[171] En su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos aducen que las características físicas pertinentes que diferencian a los cigarrillos de clavo de olor de los cigarrillos ordinarios y mentolados son: i) la mezcla casi igual de tabaco y clavo de olor; ii) la "salsa especial" que contienen; y iii) la presencia de eugenol.[172]

7.61 Los Estados Unidos aducen también que las exclusivas propiedades físicas y el sabor del mentol influyen en las opciones de los consumidores. Mientras que los fumadores de cigarrillos de clavo de olor disfrutan la experiencia única de esos cigarrillos como primer cigarrillo o "de vez en cuando", los fumadores de cigarrillos mentolados suelen escogerlos como sus cigarrillos de todos los días.[173] Además, por lo que respecta la toxicidad y el carácter adictivo de los cigarrillos en cuestión, los Estados Unidos hacen dos aclaraciones principales. Primero, en la presente diferencia la toxicidad relativa de los cigarrillos no es el fundamento de las distinciones de salud pública hechas entre ellos, aunque, en términos generales, la toxicidad de los cigarrillos sea un aspecto de sus propiedades físicas.[174] Segundo, a pesar de que todos los cigarrillos contienen nicotina, y son, en consecuencia, adictivos, los efectos para la salud deben analizarse sobre la base tanto de los efectos para la salud de un fumador individual como sobre la base de consideraciones globales de salud pública. Este último aspecto se centra en la posibilidad de que determinados tipos de cigarrillos puedan aumentar el uso de cigarrillos y productos de tabaco por la población en su conjunto. Por consiguiente, los Estados Unidos aducen que los cigarrillos de clavo de olor son distintos, porque son utilizados por una parte desproporcionada de la juventud y, en consecuencia, sirven como "cigarrillos de habituación".[175] Los Estados Unidos sostienen que aparentemente Indonesia conviene con ellos en que los cigarrillos que son especialmente atractivos para la juventud suponen un riesgo para la salud especial y pueden ser regulados en forma más restrictiva que los cigarrillos mentolados y de tabaco.[176]

7.62 En contraste con la conclusión de Indonesia sobre el uso final, los Estados Unidos sostienen que los cigarrillos tienen varios usos finales, y no se usan exclusivamente para "fumar tabaco". A su juicio, en los Estados Unidos los cigarrillos tienen al menos otros dos usos finales, que los cigarrillos de clavo de olor, los mentolados y los de tabaco satisfacen en distinto grado[177]: i) el uso final de satisfacer una adicción a la nicotina[178], y ii) el uso final de crear una experiencia placentera asociada

[169] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 159.
[170] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 111.
[171] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 112.
[172] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 113.
[173] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 172.
[174] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Grupo Especial.
[175] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 37 del Grupo Especial.
[176] Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 85 del Grupo Especial, párrafos 9 y 12.
[177] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 179.
[178] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 180.

al sabor del cigarrillo y al aroma del humo.[179] Los Estados Unidos sostienen además que el primer uso final -aportar nicotina al cuerpo- no es el más pertinente, porque si así fuera todos los cigarros, pipas y cigarrillos serían productos similares.[180]

7.63 En lo tocante al criterio de los gustos y hábitos de los consumidores, los Estados Unidos aducen que Indonesia no ha presentado pruebas que demuestren que los cigarrillos de clavo de olor tratan de competir con los cigarrillos mentolados o de tabaco, o que los consumidores los consideran sustituibles.[181] Aclaran que los consumidores pertinentes son todos los "actuales y posibles fumadores en los Estados Unidos". Mantienen que los posibles fumadores son jóvenes en la edad de iniciación, y que es más probable que esas personas, más que los adultos, encuentren atractivos los cigarrillos de clavo de olor.[182] A juicio de los Estados Unidos, los consumidores diferencian claramente entre los productos objeto del presente caso[183]: los cigarrillos de clavo de olor son comercializados, vendidos y utilizados como productos de tabaco para "ocasiones especiales", mientras que los cigarrillos mentolados y de tabaco son comercializados, vendidos y utilizados como cigarrillos ordinarios de todos los días; los fumadores de cigarrillos de clavo de olor son en una proporción abrumadora jóvenes, que suelen ser fumadores primerizos, mientras que los cigarrillos mentolados y los de tabaco son utilizados habitualmente por muchos jóvenes, pero especialmente por adultos, que los fuman regularmente.[184] De hecho, sostienen los Estados Unidos, más que competencia entre los productos lo que de hecho hay es una superposición y, probablemente, una simbiosis, ya que los cigarrillos de clavo de olor no sólo atraen a nuevos usuarios al tabaco, sino que son utilizados como un cigarrillo suplementario, para ocasiones especiales, por quienes ya son fumadores.[185]

7.64 Los Estados Unidos acusan a Indonesia de no haber demostrado que los cigarrillos de clavo de olor indonesios y los cigarrillos ordinarios o mentolados se consideran "intercambiables" en el mercado, y de haber aportado datos no fiables para sugerir que los cigarrillos de clavo de olor presentan pautas de usos similares a las de los cigarrillos de tabaco o mentolados, si bien a menor escala.[186] De hecho, a diferencia de los cigarrillos de clavo de olor, los cigarrillos mentolados no son predominantemente cigarrillos de iniciación para los jóvenes en los Estados Unidos. Según los Estados Unidos, las tasas de consumo de cigarrillos ordinarios y mentolados entre los jóvenes y entre los adultos de más edad son mucho más parejas.[187] Los Estados Unidos aclaran también que el análisis de los gustos y hábitos de los consumidores debe limitarse al mercado estadounidense, ya que los consumidores de fuera de los Estados Unidos no son pertinentes para decidir ninguna de las cuestiones fácticas o jurídicas objeto de esta diferencia.[188]

7.65 Por lo que respecta a la clasificación arancelaria, los Estados Unidos aducen que "los cigarrillos de clavo de olor reciben un trato distinto del de 'los demás' cigarrillos al nivel de 8 dígitos en la Lista de los Estados Unidos anexa al GATT de 1994".[189]

7.66 En lo que respecta al análisis del trato menos favorable, los Estados Unidos sostienen que el artículo 907(a)(1)(A) es, a tenor de sus términos, "neutral respecto al origen", y que aparentemente

[179] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 181.
[180] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 41 del Grupo Especial.
[181] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 184; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafos 24 y 26.
[182] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 42.
[183] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 184.
[184] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 185.
[185] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 186.
[186] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 189.
[187] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial. Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 91 del Grupo Especial, párrafo 39.
[188] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial.
[189] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 116.

Indonesia no lo discute.[190] Según los Estados Unidos, el artículo 907(a)(1)(A) no distingue entre productos importados y nacionales, sino sobre la base de las pautas de uso de distintos cigarrillos por los consumidores en los Estados Unidos, así como de consideraciones de salud pública conexas.[191] En opinión de los Estados Unidos, Indonesia no ha cumplido su obligación de demostrar la existencia de una discriminación *de facto*. Aducen que Indonesia afirma, sin analizarlo, que "no cabe duda de que una prohibición de un producto pero no de otros productos similares crea condiciones de competencia desiguales y constituye un trato 'menos favorable'", y que "una prohibición de los cigarrillos de clavo de olor pero no de los cigarrillos de tabaco o mentolados crea condiciones de competencia desiguales en el mercado estadounidense y constituye, por tanto, un trato 'menos favorable'". Sin embargo, Indonesia no ha demostrado que el supuesto trato distinto se basa en el origen nacional de los cigarrillos de clavo de olor.[192]

7.67 Según los Estados Unidos, Indonesia incurre en error al insinuar que el análisis del "trato menos favorable" requiere simplemente determinar qué cigarrillos están prohibidos y cuáles no lo están. Sostienen que deben examinarse todas las pruebas pertinentes, entre ellas el objetivo de la medida y si los supuestos efectos perjudiciales para los productos importados dependen de su origen nacional.[193]

7.68 Además, los Estados Unidos aducen que Indonesia incurre en error cuando afirma que el artículo 907(a)(1)(A) otorga un trato menos favorable si entre los aromas característicos prohibidos se incluye a un producto importado de Indonesia y no se incluye a un cigarrillo producido en los Estados Unidos. De hecho, aducen los Estados Unidos, el criterio de "mejor trato" propugnado por Indonesia es incompatible con el texto del párrafo 4 del artículo III del GATT y el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Antes bien, como estableció el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, la comparación pertinente es entre el *grupo* de productos importados "similares" y el *grupo* de productos nacionales "similares".[194] Esto es así porque el Órgano de Apelación reconoció que un Miembro puede hacer distinciones entre productos que se ha determinado que son "similares" sin proteger la producción nacional u otorgar un trato menos favorable a los productos importados.[195] Los Estados Unidos se remiten también a las constataciones del Órgano de Apelación en *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos* y del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*. Según los Estados Unidos, en aquellos informes el Órgano de Apelación y el Grupo Especial constataron que "cuando un supuesto efecto perjudicial para un producto importado no es atribuible a su origen extranjero, sino a algún otro factor, ese efecto no constituye prueba de trato menos favorable".[196]

7.69 Los Estados Unidos destacan que Indonesia no ha demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) otorga un trato menos favorable a los productos indonesios porque: i) no tiene en cuenta que esa reglamentación afecta a cigarrillos producidos en los Estados Unidos y ii) no ha presentado ninguna prueba que demuestre que algún efecto perjudicial para los cigarrillos de clavo de olor depende del origen extranjero del producto.[197]

---

[190] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 199.

[191] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafos 21 y 59.

[192] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 202.

[193] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 50.

[194] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 119-123.

[195] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 204.

[196] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 50; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 49.

[197] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 130.

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.70 La cuestión que el Grupo Especial ha de resolver es, por consiguiente, si el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En particular, Indonesia alega que el artículo 907(a)(1)(A) infringe el párrafo 1 del artículo 2 porque otorga a las importaciones de cigarrillos de clavo de olor un trato menos favorable del concedido a un producto nacional similar, que en su solicitud de establecimiento de un grupo especial define como los cigarrillos mentolados.[198]

7.71 Como observamos en varias ocasiones a lo largo de este informe, tenemos ante nosotros una cuestión que nunca se ha tratado. En efecto, el único informe que hasta la fecha ha abordado el párrafo 1 del artículo 2 es el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, en el que esa disposición se examina brevemente.[199]

7.72 Comenzaremos examinando la disposición jurídica en cuestión para determinar el criterio jurídico aplicable.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.73 El párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* dispone que:

> "Los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país."

7.74 Por tanto, el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* obliga a los Miembros de la OMC a otorgar a los productos importados un "trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional". Observamos que el párrafo 1 del artículo 2 también incluye una obligación NMF, aunque en esta diferencia no hay ninguna alegación relativa a ese elemento del párrafo 1 del artículo 2.

7.75 Recordamos que en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación, al interpretar el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994[200], estableció una triple prueba para constatar la existencia de una infracción de esa disposición:

---

[198] En posteriores comunicaciones al Grupo Especial, Indonesia le solicita que constate que los cigarrillos de clavo de olor son similares tanto a los cigarrillos mentolados *como* a los cigarrillos ordinarios. En los párrafos 7.124-7.148 *infra* examinamos la cuestión de los productos que deben compararse a efectos de las pruebas de similitud y de trato menos favorable.

[199] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.464-7.476. El Grupo Especial es consciente de que hay en curso otras actuaciones de grupos especiales en las que se han planteado alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Véanse *Estados Unidos - Atún II (México)*, WT/DS381/4; *Estados Unidos - EPO (Canadá)*, WT/DS384/8; y *Estados Unidos - EPO (México)*, WT/DS386/7. Sin embargo, en la fecha en que se dio traslado a las partes del informe provisional en esta diferencia los informes de los grupos especiales encargados de esos otros asuntos aún no se habían distribuido.

[200] El párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 dice así:

> "Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los

> "Para que se establezca que ha habido una infracción del párrafo 4 del artículo III deben darse tres elementos: que los productos importado y nacional en cuestión sean 'productos similares'; que la medida en cuestión sea una 'ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior'; y que los productos importados reciban 'un trato menos favorable' que el concedido a los productos similares de origen nacional."[201]

7.76 El texto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es muy parecido al del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, con la diferencia de que con arreglo al primero la obligación de trato nacional está limitada a un tipo concreto de medida, es decir, los reglamentos técnicos, mientras que el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 contempla un grupo de medidas más amplio, a saber, una "ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior".

7.77 El Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)* aplicó un criterio similar al del Órgano de Apelación sin remitirse a la jurisprudencia relativa al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. El Grupo Especial razonó así:

> "El Grupo Especial considera que los elementos esenciales de la existencia de una incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* son, como mínimo, que la medida en litigio sea un "reglamento técnico"; que los productos importados y los productos nacionales en litigio sean "productos similares" en el sentido de esa disposición; y que se dé a los productos importados un trato "menos favorable" que el otorgado a los productos similares nacionales."[202]

7.78 Observamos asimismo que ambas partes parecen atenerse a esta línea de análisis por lo que respecta a los principales elementos de una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[203]

> productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior. Las disposiciones de este párrafo no impedirán la aplicación de tarifas diferentes en los transportes interiores, basadas exclusivamente en la utilización económica de los medios de transporte y no en el origen del producto."

[201] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 133.

[202] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.444. Una posible interpretación de la utilización por el Grupo Especial de las palabras "como mínimo" para matizar los "elementos esenciales de la existencia de una incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2" podría ser que hay *más* elementos esenciales que los presentes en la triple prueba. Otra posible interpretación es que el Grupo Especial estuviera diciendo que "al menos esto está claro", sin sugerir más. No vemos en el texto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* nada que justifique el primer enfoque, y el Grupo Especial no explicó lo que quería decir. Dadas esas circunstancias, preferimos analizar la cuestión sometida a nuestra consideración con arreglo al segundo enfoque.

[203] Indonesia se remite a la triple prueba para constatar una infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 mencionada en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, y la adapta al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* (primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 42). En su segunda comunicación escrita, Indonesia especifica que los elementos para establecer una infracción son los mismos para el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo 2, "salvo en que el párrafo 4 del artículo III no requiere que una medida sea un reglamento técnico, sino 'una ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de [los productos importados y los productos nacionales similares] en el mercado interior'" (segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 59). Los Estados Unidos aplican la misma prueba en su primera comunicación escrita por lo que

7.79 En cuanto al segundo elemento del análisis, recordamos que ya hemos constatado que el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*.[204] Por tanto, procederemos a examinar sucesivamente los otros dos elementos.

c) La cuestión de si los cigarrillos de clavo de olor importados y los cigarrillos nacionales de que se trata son "productos similares" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

i) La interpretación de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.80 Como se ha indicado antes, en las fechas de elaboración del presente informe el examen del concepto de similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* sigue siendo una cuestión que todavía no se ha tratado, ya que en el único informe en que hasta la fecha se ha abordado -el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*- no se efectuó un análisis de la similitud, porque se había constatado que el reclamante no había acreditado una presunción de "trato menos favorable".[205]

7.81 Corresponde, por tanto, al Grupo Especial interpretar por primera vez el concepto de similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Para interpretar esa disposición parece haber dos enfoques alternativos: por un lado, podría aducirse que la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 es directamente aplicable al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, habida cuenta de la semejanza de sus respectivos textos; por otro lado, podría aducirse que el concepto de similitud debe interpretarse en el contexto del *Acuerdo OTC* sin transponer directamente la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.82 Hemos recabado las opiniones de las partes sobre esta cuestión, y nos han sugerido que para interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* tengamos en cuenta tanto la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 como el contexto del *Acuerdo OTC*. Los Estados Unidos, en particular, piden al Grupo Especial que tenga en cuenta los "objetivos de salud pública" del artículo 907(a)(1)(A) al interpretar la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Observamos, no obstante, que las partes, en sus comunicaciones, se apoyan mucho en la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Observamos asimismo que las partes sugieren que apliquemos los criterios tradicionales sobre la similitud enunciados por el Grupo de Trabajo del GATT sobre *Ajustes fiscales en frontera*.[206]

---

respecta al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, sin examinar el tipo de medida en litigio. Después de hacerlo, examinan brevemente el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, indicando que incumbe a Indonesia demostrar que el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico y destacando la pertinencia de las palabras "con respecto a" que matizan la expresión "reglamentos técnicos", para interpretar tanto la similitud como el trato menos favorable. En su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos presentan juntos sus argumentos sobre el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, con la salvedad de que un intérprete debe tener debidamente en cuenta el contexto y las exigencias específicas de cada alegación, "ya que se informan y refuerzan mutuamente" (segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 101).

[204] Véase la sección VII.C.2 d) *supra*.

[205] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.475.

[206] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 48-52, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto* (párrafo 103), al informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos* (párrafo 7.165) y al informe del Grupo Especial del GATT, *Tailandia - Cigarrillos* (párrafo 42); segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 87-91; primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 157, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto* (párrafos 99, 101); y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 26 del Grupo Especial.

7.83 La principal cuestión interpretativa que debemos abordar a este respecto es si una determinación de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* concierne fundamentalmente a la naturaleza y alcance de una relación de competencia entre los productos que se comparan, como en el caso de una determinación de la "similitud" en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. En el presente caso, esta cuestión tiene importantes consecuencias. Por consiguiente, expondremos los argumentos de las partes, seguidos de nuestro propio razonamiento sobre ella, detalladamente.

Argumentos de las partes sobre la interpretación de la expresión "productos similares" en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

7.84 La posición de las partes sobre la interpretación de esa disposición ha evolucionado a lo largo del procedimiento. Por consiguiente, merece la pena explicar el camino seguido por cada parte a este respecto.

7.85 Recordamos que **Indonesia**, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, presentó alegaciones en materia de trato nacional en el marco tanto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* como del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. En su primera comunicación escrita, Indonesia aparentemente ajusta su planteamiento y declara que su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 es una alegación subsidiaria de la formulada al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, aborda primero la alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, por ser ésta la disposición más específica para la diferencia. No obstante, después de explicar que la obligación de otorgar trato nacional ha sido abordada por varios grupos especiales de la OMC y por el Órgano de Apelación en varias ocasiones en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994[207], Indonesia basa sus argumentos en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* casi exclusivamente en la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III.[208]

7.86 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial[209], Indonesia sostiene que, aunque es posible abordar conjuntamente las alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial debe obrar con prudencia si opta por ese planteamiento, porque "esas alegaciones/disposiciones no son idénticas".[210] Explica, por ejemplo, que no es necesario que las alegaciones al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 establezcan que la medida en litigio es un reglamento técnico.[211] Sostiene, no obstante, que el análisis de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* constituye una determinación sobre la naturaleza y el alcance de una relación de competencia entre productos, como estableció el Órgano de Apelación en *CE - Amianto* con respecto al párrafo 4 del artículo III. También en respuesta a una pregunta del Grupo Especial[212], Indonesia sostiene que, aunque el

[207] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 42.
[208] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 48-69.
[209] La pregunta 21 b) del Grupo Especial dice así:
"Indonesia ha formulado alegaciones al amparo de los párrafos 1, 2, 5, 8, 9, 10 y 12 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*. También ha formulado una alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, y los Estados Unidos han invocado el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994:

…

b) ¿Pueden abordarse conjuntamente una o más de esas alegaciones/disposiciones, por ejemplo el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*/el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994?"

[210] Respuesta de Indonesia a la pregunta 21 b) del Grupo Especial.
[211] Respuesta de Indonesia a la pregunta 21 b) del Grupo Especial.
[212] La pregunta 26 del Grupo Especial dice así:

párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no contiene una referencia específica a un "principio general" similar al enunciado en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994, "el GATT de 1994 y el *Acuerdo OTC* son cada uno de ellos contexto para la interpretación del otro". Por consiguiente, "Indonesia cree que el Grupo Especial debe examinar la relación de competencia entre los productos en cuestión como algo pertinente para su análisis de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*".[213] Así pues, aunque aparentemente respalda la idea de que lo que importa es una "relación de competencia" entre los productos en cuestión, Indonesia sugiere, al mismo tiempo, que "un análisis caso por caso de la similitud en el contexto de una medida distinta podría concluir razonablemente que no todos los cigarrillos son similares a los efectos de esa medida en particular".[214]

7.87 En su segunda comunicación escrita, Indonesia destaca que "los Estados Unidos están de acuerdo con Indonesia en que el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC debe interpretarse de manera similar que el párrafo 4 del artículo III del GATT".[215] Pese a ello, recalca que "se trata de dos alegaciones distintas basadas en acuerdos distintos y obligaciones de tratados distintas, y que dan lugar a distintos derechos".[216] Concretamente, Indonesia aduce que los elementos para establecer una infracción de esas disposiciones son los mismos, salvo que el párrafo 4 del artículo III "no requiere que una medida sea un reglamento técnico, sino 'una ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de los productos nacionales e importados en el mercado interior'".[217] Según Indonesia, como han afirmado muchos grupos especiales y el Órgano de Apelación, las alegaciones formuladas al amparo del más específico de los dos Acuerdos deben analizarse primero.[218]

7.88 En su primera comunicación escrita, los **Estados Unidos** no reconocen que Indonesia indicó, en su primera comunicación escrita, que su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 era una alegación subsidiaria de la formulada al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y comienzan sus argumentos centrándose en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 "a efectos de claridad analítica".[219] Observan, sin embargo, que "en el análisis de la 'similitud' y el 'trato menos favorable' en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* que efectúe el Grupo Especial deben tenerse en cuenta ciertas diferencias textuales y contextuales".[220] En particular, los Estados Unidos aluden a tres diferencias concretas entre el *Acuerdo OTC* y el GATT de 1994: primero, el texto del preámbulo del *Acuerdo OTC*, en el que se establece que "no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias ... para la protección de la salud y la vida

---

"El Órgano de Apelación ha explicado que 'una determinación de la 'similitud' en el marco del párrafo 4 del artículo III es, fundamentalmente, una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos'.

a) ¿Puede decirse lo mismo de una determinación de la 'similitud' en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*?

b) En caso afirmativo, ¿debe el Grupo Especial examinar la relación de competencia entre los productos en litigio como algo pertinente en su análisis de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, al no existir una referencia a un principio general similar consagrado en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994?"

[213] Respuesta de Indonesia a la pregunta 26 b) del Grupo Especial.

[214] Respuesta de Indonesia a la pregunta 47 del Grupo Especial.

[215] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 58.

[216] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 58; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafos 12 y 14.

[217] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 59.

[218] Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 12.

[219] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 145.

[220] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 214.

de las personas"[221]; segundo, el hecho de que la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 2 es aplicable "con respecto a" un reglamento técnico[222]; y, por último, que en el análisis del "producto similar" se debe "distinguir entre características que hagan que un producto o grupo de productos sea identificable a efectos de la reglamentación, y características que demuestren la existencia de una relación de competencia o sustituibilidad en el mercado".[223]

7.89 En su declaración oral en la primera reunión sustantiva, los Estados Unidos sostienen que "la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe interpretarse de manera similar que el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994". Aducen, además, que "cada Acuerdo proporciona contexto para el otro, y los análisis desarrollados en el marco del artículo III son pertinentes para una interpretación del párrafo 1 del artículo 2".[224] Sin embargo, en su declaración oral, los Estados Unidos también sostienen que en el contexto de un análisis de si los productos objeto del presente caso son "productos similares", un factor pertinente en el presente caso "es la medida en que las diferencias entre los productos reglamentados están directamente *relacionadas con los objetivos de salud pública* del artículo 907(a)(1)(A)".[225] Los Estados Unidos reiteran que "esas diferencias de productos *relacionadas con esos objetivos de salud pública* son pertinentes para el análisis del 'producto similar'".[226]

7.90 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos aducen que, si bien es posible que el Grupo Especial aborde conjuntamente las alegaciones en materia de trato nacional, "cada alegación es distinta, y deben satisfacerse los elementos individuales de cada alegación en particular".[227] No obstante, en respuesta a otra pregunta del Grupo Especial afirman que una determinación de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es "fundamentalmente una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos". Por consiguiente, no consideran que la falta de "una disposición análoga al párrafo 1 del artículo III en el *Acuerdo OTC* justifique adoptar una opinión fundamentalmente distinta sobre la 'similitud' en el *Acuerdo OTC*".[228] Por último, el análisis de la "similitud" en el marco de ambos Acuerdos debe estar informado por el contexto específico del *Acuerdo OTC* mediante una consideración "no sólo de la naturaleza de la relación de competencia entre dos o más productos, sino también de la naturaleza del fundamento de salud pública en que se basa el reglamento técnico de que se trata".[229]

---

[221] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 215.
[222] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 216.
[223] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 217.
[224] Declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 58.
[225] Declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 24 (sin cursivas en el original).
[226] Declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 27 (sin cursivas en el original).
[227] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 b) del Grupo Especial. Los Estados Unidos también lo confirmaron en su segunda comunicación escrita, en la que afirmaron que el Grupo Especial puede examinar conjuntamente las alegaciones en materia de trato nacional en el marco del GATT de 1994 y el *Acuerdo OTC*, teniendo en cuenta el contexto y los requisitos particulares de cada alegación. Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 95.
[228] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 26 del Grupo Especial.
[229] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 26 del Grupo Especial. Véase también la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 111.

El planteamiento del Grupo Especial para la interpretación de la expresión "productos similares" en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

7.91 Tenemos que decidir cómo abordaremos la interpretación del componente de trato nacional del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, en particular por lo que respecta a nuestro análisis de la "similitud". Se nos abren para ello varias opciones. Primero, podríamos interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* ateniéndonos a la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Con arreglo a ese planteamiento, la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, que se centra principalmente en la naturaleza y medida de una relación de competencia entre los productos nacionales e importados de que se trate, se podría transponer directamente en su totalidad al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, habida cuenta de la similitud de los textos de ambas disposiciones.

7.92 En segundo lugar, podríamos interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en el contexto de la disposición en sí misma y el del *Acuerdo OTC*, sin transponer en absoluto la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, ya que éste no es sino uno de los conceptos de "productos similares" que figuran en el *Acuerdo sobre la OMC*. Con arreglo a ese planteamiento no nos centraríamos en el enfoque basado en la competencia que se ha desarrollado en la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.93 En tercer lugar, podríamos atenernos al planteamiento sugerido por las partes, que consiste en interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* teniendo en cuenta tanto la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 como el contexto del *Acuerdo OTC*. Podríamos también aceptar la sugerencia de los Estados Unidos de que tengamos en cuenta los "objetivos de salud pública" del artículo 907(a)(1)(A) al interpretar la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.94 El punto de partida para cualquier interpretación de una disposición jurídica de un tratado es, como establece el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Convención de Viena")[230], el sentido corriente de los términos.[231] Por tanto, iniciamos nuestro examen examinando los términos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.95 Recordamos que la primera opción arriba expuesta favorece una interpretación de los términos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* basada en la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. No vemos claramente en qué medida las interpretaciones desarrolladas en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 pueden simplemente transponerse al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, especialmente porque esta última disposición aún no ha sido interpretada en profundidad por los grupos especiales o el Órgano de Apelación. Parece, desde luego, que el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* está inspirado en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[232] De hecho, ambos aluden a productos importados:

[230] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena, 23 de mayo de 1969, documento de las Naciones Unidas A/CONF. 39/27.

[231] El párrafo 2 del artículo 3 del ESD indica que los Miembros reconocen que el sistema de solución de diferencias de la OMC sirve para aclarar las disposiciones vigentes de los acuerdos abarcados "de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". Se reconoce que los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena codifican esas normas. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 19. Véanse también el informe del Órgano de Apelación, *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafos 43-46; el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, páginas 13-15; y el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - DRAM*, párrafo 6.13.

[232] En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación examinó el sentido corriente de la palabra "similar" al examinar el concepto de "productos similares" en el párrafo 4 del artículo III. Observó que con arreglo a la definición del diccionario, "*like*" (similar) significa "*Having the same characteristics or qualities as some other […] thing; of approximately identical shape, size, etc., with something else; similar*. (Que tiene las mismas

"Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante", en el caso del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, y "los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros", en el caso del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Ambos imponen también a los Miembros, en términos idénticos, la obligación de otorgar con respecto a esos productos importados "un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional".

7.96 Observamos, no obstante, que ambas disposiciones difieren por lo que respecta a los tipos de medidas regulados por cada una de ellas. Mientras que el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* sólo es aplicable a los reglamentos técnicos, el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 es aplicable a un grupo de medidas más amplio, que comprendería los reglamentos técnicos.[233] Como veremos más abajo, debe, sin duda, atribuirse alguna importancia a esa diferencia.

7.97 Dada la similitud, y en algunos casos identidad, del texto de ambas disposiciones sobre trato nacional, el recurso a interpretaciones desarrolladas en el contexto del párrafo 4 del artículo III podría parecer relativamente sencillo por lo que respecta al elemento de similitud del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. De hecho, como hemos indicado más arriba, parece que las partes están, por lo general, convencidas de que la jurisprudencia desarrollada en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, en particular la relativa al planteamiento basado en la competencia para analizar la similitud, se puede transponer directamente a un análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Indonesia defiende la posición según la cual el análisis de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es una determinación acerca de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos, como estableció el Órgano de Apelación, en el asunto *CE - Amianto*, con respecto al párrafo 4 del artículo III.[234] Los Estados Unidos también opinan que la obligación de trato nacional enunciada en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* tiene que interpretarse de manera análoga que en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[235]

7.98 Aunque coincidimos con las partes en que debe atribuirse importancia a la semejanza de texto, lo hacemos con prudencia, porque, como observó el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Amianto*, los términos, incluso en la medida en que los utilizados sean idénticos, deben "interpretarse teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin de la disposición en cuestión, así como el objeto y fin del acuerdo abarcado en el que figura la disposición".[236] El Órgano de Apelación dijo además que "si bien los significados atribuidos a la expresión 'productos similares' en otras disposiciones del GATT

---

características o cualidades que alguna otra […] cosa; de forma, tamaño, etc., aproximadamente igual a los de alguna otra cosa; similar). (El Órgano de Apelación se remitió a la definición que figura en *The New Shorter Oxford English Dictionary*, Lesley Brown (editor) (Clarendon Press, 1993), volumen I, página 1588). Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 90. Esa definición del diccionario seguiría siendo válida aunque el Grupo Especial decidiera no apoyarse en la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

[233] El párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 es aplicable a "cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior".

[234] La pregunta 26 del Grupo Especial dice así: "El Órgano de Apelación ha explicado que 'una determinación de la 'similitud' en el marco del párrafo 4 del artículo III es, fundamentalmente, una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos'.

a) ¿Puede decirse lo mismo de una determinación de la 'similitud' en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*?

b) En caso afirmativo, ¿debe el Grupo Especial examinar la relación de competencia entre los productos en litigio como algo pertinente en su análisis de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, al no existir una referencia a un principio general similar consagrado en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994?"

[235] Declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 59.

[236] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 88 y 89.

de 1994 o de otros acuerdos abarcados pueden constituir un contexto pertinente para interpretar el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, la interpretación de la expresión 'productos similares' del párrafo 4 del artículo III no tiene por qué ser idéntica, en todos los aspectos, a esos otros significados".[237] Lo mismo cabe decir de la expresión "productos similares" que figura en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en relación con la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III.

7.99 A nuestro juicio, no está ni mucho menos claro que siempre sea adecuado transponer automáticamente el planteamiento sobre la similitud basado en la competencia, con arreglo al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque ese planteamiento fue desarrollado por el Órgano de Apelación en *CE - Amianto* sobre la base del principio general establecido en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994, que no tiene un equivalente en el *Acuerdo OTC*. En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación hizo hincapié en la importancia del "principio general" enunciado en el párrafo 1 del artículo III tal como se expresa en el párrafo 4 del artículo III y en cómo informa la interpretación del concepto de productos similares en el párrafo 4 del artículo III. Según el Órgano de Apelación[238], "la expresión 'producto similar' del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 debe interpretarse de manera que se reconozca el alcance y significado correctos" del "principio general" articulado en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994, enunciado por el Órgano de Apelación, en *Japón - Bebidas alcohólicas II*, como sigue:

> "El objetivo general y fundamental del artículo III es evitar el proteccionismo en la aplicación de los impuestos y medidas reglamentarias interiores. Más concretamente, el propósito del artículo III "es el de que las medidas interiores no se apliquen a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional'. A este fin, el artículo III obliga a los Miembros de la OMC a facilitar para los productos importados unas condiciones de competencia iguales a las de los productos nacionales. ... El artículo III protege las expectativas no de un determinado volumen de comercio, sino más bien las expectativas de la relación de competencia en condiciones de igualdad entre los productos importados y los nacionales ...."[239]

7.100 Como observó el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, "ha de haber coherencia entre el objetivo perseguido por el artículo III, enunciado en el 'principio general' que se expresa en su párrafo 1, y la interpretación de la expresión concreta de este principio en el texto de su párrafo 4".[240] A juicio del Órgano de Apelación, esa interpretación "debe por tanto reflejar que, al tratar de asegurar la igualdad de 'condiciones de competencia', el 'principio general' del artículo III procura impedir que los Miembros apliquen impuestos y reglamentos interiores de una manera que afecte a la relación de competencia, en el mercado, *entre los productos de origen nacional y los productos importados de que se trata*, 'de manera que se proteja la producción nacional'".[241]

7.101 Así pues, el Órgano de Apelación explicó que "una determinación de la 'similitud' en el marco [del párrafo 4 del artículo III] es, fundamentalmente, una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos".[242] No obstante, como reconoció el Órgano de Apelación, "existe un espectro de grados de 'competencia' o 'posibilidad de sustitución' entre productos ofrecidos en el mercado, y ... es difícil, si no imposible, indicar en abstracto precisamente en qué lugar de ese espectro se sitúa el término 'similares' del párrafo 4 del artículo III del GATT

---

[237] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 89.
[238] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 98.
[239] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 19. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 97.
[240] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 98.
[241] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 98 (las cursivas figuran en el original).
[242] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99.

de 1994".[243] Aclaró asimismo que "no estamos afirmando que *todos* los productos que se encuentran en *alguna* relación de competencia son 'productos similares' en el sentido del párrafo 4 del artículo III".[244]

7.102 En respuesta a preguntas del Grupo Especial sobre esta cuestión, ambas partes estimaron que para transponer la jurisprudencia basada en la competencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no es necesario que en el *Acuerdo OTC* haya un texto semejante al del párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994.[245] Los Estados Unidos van más allá y mantienen que no consideran que la falta de "una disposición análoga al párrafo 1 del artículo III en el *Acuerdo OTC* justifique adoptar una opinión fundamentalmente distinta sobre la 'similitud' en el *Acuerdo OTC*".[246]

7.103 A nuestro juicio, el hecho de que en el *Acuerdo OTC* no exista un texto como el del párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994 tiene sentido a efectos de nuestra interpretación. Aun en el caso de que se considerara que el GATT de 1994 sirve como contexto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, no sería como contexto inmediato de esa disposición. Como indicamos más abajo,

---

[243] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99.

[244] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99 (las cursivas figuran en el original). Observamos que este análisis puede ubicarse en el contexto de la imagen "de acordeón" utilizada para diferenciar el concepto de "producto similar" en la primera frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. (Véase *infra*, donde examinamos el enfoque "de acordeón" aplicado por el Órgano de Apelación). En pocas palabras, el Órgano de Apelación consideró que el concepto de "producto similar" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 debe interpretarse de manera más amplia que el mismo concepto en el párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994, porque este último incluye una obligación distinta con respecto a productos directamente competitivos o sustituibles, y ese segundo tipo de productos no está contemplado en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Inmediatamente después del pasaje arriba citado, el Órgano de Apelación indicó, en particular, que:

> "Al resolver acerca de la medida de que se trata, tampoco intentamos definir el alcance preciso de la palabra 'similares' en dicho párrafo. Ni queremos decidir si el alcance de la expresión 'productos similares' del párrafo 4 del artículo III es precisamente coincidente con el alcance combinado de los términos 'similares' y 'directamente competidor[es] o que puede[n] sustitu[irse] directamente' del párrafo 2 del mismo artículo. No obstante, reconocemos que la relación entre estas dos disposiciones es importante, ya que no existe una distinción neta entre la reglamentación de naturaleza fiscal a que se refiere el párrafo 2 y la de otra naturaleza, a que se refiere el párrafo 4. Ambas formas de reglamentación pueden utilizarse a menudo para alcanzar los mismos fines. Sería incongruente si, debido a una diferencia apreciable en el alcance de estas dos disposiciones en lo que a los productos se refiere, se impidiese a los Miembros utilizar una forma de reglamentación -por ejemplo, la fiscal- para proteger la producción nacional de determinados productos, pero se les permitiese utilizar otra forma -por ejemplo, una que no fuera de naturaleza fiscal- para lograr los mismos fines. Con ello se frustraría la aplicación coherente del 'principio general' del párrafo 1 del artículo III. Por tales razones, concluimos que el alcance del término 'similares' empleado en el párrafo 4 del artículo III es más amplio que el del término 'similares' de la primera frase de su párrafo 2. No obstante, señalamos, una vez más, que el párrafo 2 del artículo III no sólo abarca los 'productos … similares', sino también los productos que sean 'directamente competidor[es] o que pueda[n] sustituirlo[s] directamente' mientras que el párrafo 4 sólo abarca los 'productos similares'. Habida cuenta de esta diferencia en el lenguaje empleado, y aunque no tenemos que resolver, y no resolvemos, acerca del alcance preciso del párrafo 4 del artículo III en lo que a los productos se refiere, concluimos que ese alcance, aunque es más amplio que el de la *primera* frase del párrafo 2 del artículo III, ciertamente *no* es más amplio que el alcance *combinado*, en lo que se refiere a los productos, de las *dos* frases del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994."

[245] Respuesta de Indonesia a la pregunta 26 b) del Grupo Especial.

[246] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 26 del Grupo Especial.

consideramos que un intérprete debe evaluar el contexto inmediato de la disposición objeto de interpretación antes de buscar una ayuda interpretativa menos cercana.

7.104 Encontramos también respaldo a nuestra opinión en la imagen de "acordeón" aplicada a la similitud por el Órgano de Apelación. En *Japón - Bebidas alcohólicas II*, el Órgano de Apelación puso en guardia al intérprete sobre el uso de los cuatro criterios generales establecidos por el Grupo de Trabajo sobre *Ajustes fiscales en frontera*, y lo hizo ilustrando la similitud como un *acordeón* que "se extiende y se contrae" en función del contexto del acuerdo abarcado en el que figura:

> "Ningún modo de juzgar será apropiado en todos los casos. Deberían examinarse los criterios previstos en el informe sobre los *Ajustes Fiscales en Frontera*, pero no puede haber ninguna definición precisa y absoluta de lo que es 'similar'. El concepto de 'similaridad' es relativo y evoca la imagen de un acordeón. El acordeón de 'similaridad' se extiende y se contrae en diferentes lugares a medida que se aplican las distintas disposiciones del *Acuerdo sobre la OMC*. La anchura del acordeón en cualquiera de esos lugares debe determinarse mediante la disposición concreta en la que se encuentra el término 'similar', así como por el contexto y las circunstancias existentes en cualquier caso dado al que sea aplicable la disposición."[247]

7.105 Por consiguiente, el "acordeón" de productos similares contemplado por el Órgano de Apelación permite, y posiblemente requiere, distintas interpretaciones de la expresión "productos similares" en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[248]

7.106 Destacamos también, como ya hemos indicado, que a pesar de la semejanza de los textos, el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 difieren en cuanto que el primero sólo es aplicable a los reglamentos técnicos, mientras que el segundo es aplicable a una gama de instrumentos mucho más amplia. Esto es pertinente para interpretar esta disposición. En particular, la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es aplicable "con respecto a" un reglamento técnico. Como aducen los Estados Unidos, el sentido corriente de la expresión "*in respect of*" ("con respecto a") es "*be directed to; refer to; relate to; deal with; be concerned with*" ("estar dirigido a; referirse a; estar relacionado con; tratar de¸ concernir a"). Recordamos que los Estados Unidos han pedido al Grupo Especial que al analizar el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* tenga en cuenta esta diferencia textual con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[249]

7.107 Recordando las constataciones del Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, según las cuales, incluso en la medida en que los términos utilizados sean idénticos, estos "deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto ... de la disposición en cuestión"[250], así como el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena, que dispone que el *contexto* a efectos de la interpretación de un tratado comprende el texto del acuerdo, incluido su preámbulo y sus anexos, procederemos ahora a examinar el contexto inmediato de la obligación de trato nacional establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, a saber, el propio párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, así como el *Acuerdo OTC* en su conjunto.

7.108 El Anexo 1 del *Acuerdo OTC* contiene la definición de reglamento técnico a efectos del *Acuerdo OTC*, y en consecuencia sirve como contexto para la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 de dicho *Acuerdo*. Recordamos que por reglamento técnico se entiende un "documento en

---

[247] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 25.
[248] Véase la nota 244 *supra*.
[249] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 216.
[250] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 88.

el que se establecen las características de un producto ... cuya observancia es obligatoria". El artículo 907(a)(1)(A)[251] sí establece, en forma negativa[252], una característica de un producto cuya observancia es obligatoria: los cigarrillos no pueden tener un aroma característico. Quedan exceptuados los cigarrillos cuyo aroma característico sea tabaco o mentol.[253]

7.109 El hecho de que el artículo 907(a)(1)(A) sea un reglamento técnico y tenga por finalidad inmediata la reglamentación de las características de un producto (aromas característicos) para determinados tipos de productos (cigarrillos) debería tener alguna importancia, y posiblemente mucha importancia, para determinar si los productos en cuestión son similares. De hecho, los cigarrillos con aromas característicos están regulados por el artículo 907(a)(1)(A) como un solo grupo de productos.

7.110 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos explicaron que un comentario del Senado que figura en el expediente legislativo del artículo 907(a)(1)(A) aclara que "aunque no se define en la ley, la expresión 'aroma característico' tiene por objeto englobar los aditivos que producen un gusto, sabor o aroma distintivo impartido por el producto".[254] Por tanto, para estar regulado, y en consecuencia prohibido por el artículo 907(a)(1)(A), un cigarrillo debe tener un aditivo que produce un sabor, gusto o aroma distintivos. Con arreglo a ese enfoque interpretativo, el hecho de que los cigarrillos contengan tales aditivos debe afectar a la determinación de la similitud más que los criterios relacionados con la competencia u otros criterios, ya que esa es la característica exacta que determina si un cigarrillo está o no comprendido en el ámbito de aplicación del reglamento técnico en cuestión, es decir, el artículo 907(a)(1)(A).

7.111 Recordamos que el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena encomienda al intérprete que examine el objeto y fin del tratado, en este caso el *Acuerdo OTC*. Como explican los Estados Unidos[255], el objeto y fin del *Acuerdo OTC* están enunciados en su preámbulo. En particular, el segundo considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC* expresa la finalidad de los Miembros con las palabras "*deseando* promover la realización de los objetivos del GATT de 1994". Los Estados Unidos interpretan que esto significa que los Miembros quisieron que el *Acuerdo OTC* fuera compatible con el GATT de 1994, y que sus disposiciones se interpretaran en el contexto de la promoción de los objetivos del GATT de 1994.

7.112 Observamos que "*to further*" (promover) significa "*to help the progress or development of (something); promote*" (contribuir al progreso o desarrollo de (algo); fomentar).[256] Esto puede interpretarse en el sentido de que la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 no puede simplemente transponerse al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, ya que se

---

[251] Como se explica más arriba, ambas partes coinciden en que el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico.

[252] Nos remitimos a la sección VII.C, en la que se examina la definición de un reglamento técnico, entre otras cosas a la luz del informe del Órgano de Apelación en *CE - Sardinas*, en el que se constató que "las características se pueden prescribir o imponer de forma afirmativa o negativa". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 176.

[253] Analizaremos si puede o no decirse que un cigarrillo tiene aroma de tabaco, ya que todos los cigarrillos están compuestos de tabaco principalmente, y por tanto saben a tabaco, en la sección dedicada a las características físicas (véase el párrafo 7.131 *infra*).

[254] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 14 del Grupo Especial, párrafo 32. Los Estados Unidos proporcionan la siguiente referencia: 155 Cong. Rec. S64111 (10 de junio de 2009) (Estados Unidos - Prueba documental 98).

[255] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 96-101.

[256] *Oxford English Dictionary on line*, consultado el 30 de abril de 2011. Véase también el *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen I, página 1053, donde "*further*" (promover) se define como, entre otras cosas, "*Help on, assist; promote, favour*" (ayudar, asistir; fomentar, favorecer); *Webster's Online Dictionary*, consultado el 30 de abril de 2011, donde "*further*" (promover) se define como "*to help forward*" (ayudar a que avance).

supone que este último es un desarrollo -un paso adelante- de las disciplinas del GATT de 1994, incluido el párrafo 4 del artículo III. No obstante, también puede sugerir que el *Acuerdo OTC* sirve para "fomentar" el GATT de 1994, y que en ese sentido cabe aducir que la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III puede transponerse al párrafo 1 del artículo 2.

7.113 El preámbulo dispone también, en su sexto considerando, que los Miembros "*reconoc[en]* que no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias ... para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados [...]".[257] En opinión de los Estados Unidos, esa declaración confirma el derecho general de los Miembros a adoptar medidas con objetivos legítimos, entre ellos la protección de la salud de las personas, incluso cuando esas medidas afectan al comercio internacional o incluso lo restringen, siempre que se satisfagan determinadas condiciones. A su juicio, esa declaración reconoce la legitimidad y compatibilidad con las normas de la OMC de los reglamentos técnicos que se adopten para satisfacer objetivos como la protección de la salud de las personas o el medio ambiente.[258]

7.114 A nuestro juicio, el sexto considerando del preámbulo, combinado con el requisito de necesidad establecido en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*[259], podría justificar una interpretación de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* distinta de la desarrollada en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, habida cuenta de la naturaleza de las medidas contempladas en el *Acuerdo OTC*.

7.115 Los Estados Unidos también aducen que esto significa que el análisis de la "similitud" en el marco tanto del GATT de 1994 como del *Acuerdo OTC* debe estar informado por el contexto específico de este último Acuerdo, mediante una consideración "no sólo de la naturaleza de la relación de competencia entre uno o más productos, sino también de la naturaleza del fundamento de salud pública en el que se basa el reglamento técnico en cuestión".[260] En particular, los Estados Unidos han pedido al Grupo Especial que "consider[e] cuidadosamente la importancia de características que generalmente son comunes a todos los cigarrillos y de características que son importantes por lo que respecta a la disposición de salud pública en cuestión".[261] Los Estados Unidos nos dicen que en el análisis de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe tenerse en cuenta el fundamento de salud pública del artículo 907(a)(1)(A), "ya que hay ciertos 'principios contextuales' que informan la obligación de trato nacional".[262] Observamos que esta posición va más allá de la explicada *supra* por lo que respecta a tener en cuenta la finalidad inmediata del artículo 907(a)(1)(A) en cuanto que reglamento técnico, que es la de regular los cigarrillos con aromas característicos.

7.116 Convenimos en que, en el contexto del *Acuerdo OTC* y a la luz de su objeto y fin expresados por los considerandos del preámbulo arriba citados, debemos tener en cuenta la importancia del objetivo de salud pública del reglamento técnico, y la manera en que determinadas características de los productos pertinentes, sus usos finales y la percepción que los consumidores tienen de esos productos, deben evaluarse a la luz de ese objetivo. En el presente caso, el objetivo legítimo de salud pública declarado del artículo 907(a)(1)(A), es decir, la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes, debe permear e informar nuestro análisis de la similitud.

---

[257] Véase la cita completa en el párrafo 7.3 *supra*.

[258] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 98.

[259] En la sección VII.F *infra* examinamos la alegación de Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

[260] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 26 del Grupo Especial. Véase también la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 111.

[261] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 159.

[262] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 111.

7.117 Basándonos en las consideraciones arriba expuestas, concluimos que nuestro planteamiento para interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe asegurar que dicho *Acuerdo* se aborde primero como contexto inmediato del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. La jurisprudencia en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, disposición que también sirve como contexto, si bien no inmediato, también puede tenerse en cuenta. A nuestro juicio, esa jurisprudencia es pertinente porque el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 tiene un texto casi idéntico al del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.118 No obstante, como indicó el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, reconocemos que los términos utilizados, aunque sean idénticos, "deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin de la disposición en cuestión, así como el objeto y fin del acuerdo abarcado en el que figura la disposición".[263] Parafraseando al Órgano de Apelación, aunque los sentidos atribuido a la expresión "productos similares" en otras disposiciones de los Acuerdos de la OMC pueden ser pertinente para interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la interpretación de esa expresión en el párrafo 1 del artículo 2 no tiene por qué ser idéntica en todos sus aspectos a la que desemboca en esos otros sentidos. Este planteamiento para interpretar el párrafo 1 del artículo 2 está respaldado por la imagen de acordeón empleada por el Órgano de Apelación arriba descrita.

7.119 A la luz de las consideraciones arriba expuestas, no creemos que la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, en las circunstancias del presente caso, en el que estamos examinando un reglamento técnico que tiene un objetivo de salud pública legítimo, deba abordarse principalmente desde la perspectiva de la competencia. Creemos, antes bien, que la ponderación de las pruebas relativas a los criterios de similitud debe estar influida por el hecho de que el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico que tiene por finalidad inmediata la reglamentación de los cigarrillos con aromas característicos por motivos de salud pública. Como se explica más arriba, debemos prestar especial atención a la importancia del objetivo de salud pública de un reglamento técnico y a la manera en que determinadas características de los productos pertinentes, sus usos finales y la percepción que los consumidores tienen de ellos, han de evaluarse a la luz de ese objetivo. En el presente caso, el legítimo objetivo de salud pública declarado del artículo 907(a)(1)(A), es decir, la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes, debe permear e informar nuestro análisis de la similitud. Como explicaremos con más detalle *infra*, esto es especialmente pertinente para el examen de las características físicas que son importantes a efectos de la finalidad inmediata del artículo 907(a)(1)(A) de regular los cigarrillos con aromas característicos, así como del criterio de los gustos y hábitos de los consumidores en virtud de los cuales su percepción, o más bien la de los posibles consumidores, sólo puede evaluarse por referencia al objetivo de protección de la salud del reglamento técnico en litigio.

7.120 Por consiguiente, procederemos con nuestro análisis de la similitud teniendo en cuenta las consideraciones arriba expuestas. Comenzamos exponiendo los criterios tradicionales por lo que respecta a la similitud.

ii) Los criterios tradicionales por lo que respecta a la similitud

7.121 El informe del Grupo de Trabajo del GATT sobre *Ajustes fiscales en frontera* esboza un planteamiento para analizar la "similitud" que posteriormente ha sido empleado y desarrollado por grupos especiales y por el Órgano de Apelación.[264] Ese planteamiento consiste, en lo fundamental, en aplicar cuatro criterios generales para analizar la "similitud":

[263] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 88 y 89.

[264] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 24; e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafo 6.8, en el que un Grupo Especial, en una diferencia concerniente al

a) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos;

b) los usos finales de los productos;

c) los gustos y hábitos de los consumidores -más ampliamente denominados percepciones y conducta de los consumidores- con respecto a los productos; y

d) la clasificación arancelaria[265] de los productos.[266]

7.122 Recordamos que, en *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación afirmó que los cuatro criterios generales "proporcionan un marco para analizar la 'similitud' de productos determinados, caso por caso".[267] Aclaró además que esos criterios son "meros instrumentos para facilitar la tarea de clasificar y examinar los elementos de prueba pertinentes", y que "no están impuestos por un tratado ni constituyen una lista cerrada de criterios".[268] El Órgano de Apelación también advirtió que, si bien cada uno de los criterios aborda, en principio, un aspecto distinto de los productos en cuestión que ha de examinarse por separado, esos criterios están relacionados entre sí.[269]

7.123 Somos conscientes, a ese respecto, de nuestra obligación de examinar, en cada caso, *todas* las pruebas pertinentes que tenemos ante nosotros.[270] Recordamos que el Órgano de Apelación ha instado a los grupos especiales a que determinen, una vez examinadas todas las pruebas pertinentes, si "esos elementos [de prueba], en conjunto, indican que los productos de que se trata son 'similares' en términos de la disposición legal cuestionada".[271] Por consiguiente, nos incumbirá determinar, una vez examinadas todas las pruebas presentadas por las partes, si los productos de que se trata son "similares" en términos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

---

párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, aplicó el enfoque expuesto en el asunto *Ajustes fiscales en frontera*. Ese aspecto no fue objeto de apelación. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 101.

[265] El cuarto criterio, la clasificación arancelaria, no fue mencionado por el Grupo de Trabajo sobre *Ajustes fiscales en frontera*, pero fue incluido por grupos especiales posteriores (véanse, por ejemplo, los informes de Grupos Especiales del GATT, *CEE - Proteínas destinadas a la alimentación animal*, párrafo 4.2, y *Japón - Bebidas alcohólicas I*, párrafo 5.6).

[266] En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación afirmó lo siguiente:

> "Señalamos que estos cuatro criterios comprenden cuatro categorías de 'características' que pueden compartir los productos de que se trata: i) las propiedades físicas de los productos; ii) la medida en que los productos pueden destinarse a los mismos usos finales o a usos finales similares; iii) la medida en que los consumidores perciben y tratan a los productos como distintos medios posibles de cumplir determinadas funciones a fin de satisfacer una necesidad o demanda determinada; y iv) la clasificación internacional de los productos a efectos arancelarios."

Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 101.

[267] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 102.

[268] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 102.

[269] El Órgano de Apelación explicó que:

> "… la adopción de un marco determinado para facilitar el examen de las pruebas, no hace desaparecer el deber o la necesidad de examinar en cada caso *todos* los elementos de prueba pertinentes. Además, aunque cada criterio se refiere, en principio, a un aspecto diferente de los productos de que se trata, que debe ser examinado por separado, los diferentes criterios están relacionados entre sí. Por ejemplo, las propiedades físicas de un producto conforman y limitan los usos finales a que puede destinarse. Las percepciones de los consumidores pueden, de manera análoga, influir en los usos tradicionales de los productos, modificados, o incluso tornarlos anticuados. La clasificación arancelaria refleja claramente las propiedades físicas de un producto".

Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 102.

[270] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 102.

[271] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 103.

iii) Análisis de la similitud de los productos pertinentes

Productos nacionales e importados pertinentes a efectos del análisis de la similitud en el presente caso

7.124 El primer paso en un examen de la similitud consiste en identificar los productos nacionales e importados que han de compararse. Observamos que esa cuestión se plantea tanto en la etapa de "similitud" del análisis del trato nacional como después, una vez más, en la etapa de "trato menos favorable" de ese análisis.

7.125 La identificación de los productos que el Grupo Especial tiene que comparar a efectos de su análisis de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es una cuestión que en el presente caso parece afectar a nuestro mandato. En efecto, si examinamos la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, la cual, como explicamos *infra*, delimita nuestro mandato, observamos que en ella el producto nacional similar se define como "cigarrillos mentolados". De hecho, no vemos en esa solicitud referencia alguna a un tipo de cigarrillos distinto de los cigarrillos mentolados o los de clavo de olor.

7.126 Concretamente, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia se afirma que "la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor en los Estados Unidos, al tiempo que quedan exentos de esa prohibición *los cigarrillos mentolados*" es incompatible ", entre otras disposiciones, con "el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, porque la medida concede a un producto importado, los cigarrillos de clavo de olor, un trato 'menos favorable' que el concedido a un producto nacional similar, *los cigarrillos mentolados*" (sin cursivas en el original).[272]

7.127 De manera análoga, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia se alega que la medida en litigio[273] es incompatible con "el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque la medida da lugar a un trato 'menos favorable' para los cigarrillos de clavo de olor importados que al otorgado a un producto nacional similar, *los cigarrillos mentolados*".[274] (sin cursivas en el original)

7.128 Sin embargo, en su primera comunicación escrita, Indonesia introduce una nueva categoría de cigarrillos nacionales en sus argumentos en defensa de sus alegaciones en materia de trato nacional. Aunque al principio Indonesia suele referirse a esta nueva categoría de cigarrillos nacionales como cigarrillos "ordinarios"[275], a partir de su segunda comunicación escrita utiliza principalmente la expresión cigarrillos "aromatizados con tabaco"[276], y ocasionalmente cigarrillos "con aroma ordinario"[277], o "aroma de tabaco ordinario".[278]

---

[272] Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, WT/DS406/2, página 1.

[273] La solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia alude al artículo 907 de la *Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia*, pero la primera comunicación escrita de Indonesia alude al artículo 101 de la misma Ley. En respuesta a la pregunta 9 del Grupo Especial, las partes aclararon que la denominación exacta de la medida en litigio es "artículo 907(a)(1)(A) de la *Ley Federal sobre Alimentos, Medicamentos y Productos Cosméticos* (enmendada por la *Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia*)". Véase el párrafo 2.4 *supra*.

[274] Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, WT/DS406/2, página 2.

[275] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 40 (y nota conexa 50), 43, 57, 60, 62, 63 y 72; y la declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafos 93, 94, 95, 96, 97, 98, 102, 104, 105, 106, 107, 113, 118, 119, 120 y 123.

[276] Véanse, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 65-74, 77, 78, 81, 82, 84, 87-90, 92, 93, 96, 100 y 104; y la declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafos 48-50, 52, 54, 56-58, 61 y 66.

[277] Véanse, por ejemplo, la respuesta de Indonesia a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafos 13 y 14; la respuesta de Indonesia a la pregunta 88 del Grupo Especial; la respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafos 22 y 24; la respuesta de Indonesia a la pregunta 93 del Grupo Especial; la

7.129 Observamos que los argumentos de Indonesia también evolucionaron en paralelo con el uso de distintos términos para esta nueva categoría de cigarrillos nacionales. Aunque en su primera comunicación escrita el producto nacional presentado por Indonesia a efectos de comparación comprendía cigarrillos tanto ordinarios como mentolados, sus argumentos en materia de similitud se centraron principalmente en una comparación entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados.[279] No obstante, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Indonesia nos pidió que primero realizáramos un análisis del producto similar de, por un lado, los cigarrillos de clavo de olor y, por otro, los cigarrillos mentolados y "aromatizados con tabaco", es decir, los cigarrillos ordinarios, producidos en los Estados Unidos. Indonesia añadió que "sólo si ese análisis no desemboca en una determinación de similitud sería necesario que el Grupo Especial analizara la similitud de, por un lado, los cigarrillos de clavo olor y, por otro, los cigarrillos aromatizados con mentol producidos en los Estados Unidos ".[280]

7.130 Indonesia no fue la única que utilizó términos distintos para aludir a la nueva categoría de cigarrillos nacionales. Los Estados Unidos también adoptaron un enfoque mixto, utilizando los términos cigarrillos "ordinarios"[281] y "aromatizados con tabaco"[282], aunque utilizaron el término "ordinarios" más a menudo. Los Estados Unidos aludieron también a cigarrillos "de tabaco ordinario"[283], y cigarrillos "aromatizados con tabaco ordinario"[284].

---

respuesta de Indonesia a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafos 26 y 27; las observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 87 del Grupo Especial, párrafo 25; la respuesta de Indonesia a la pregunta 89 del Grupo Especial, párrafos 29 y 30; y la respuesta de Indonesia a las preguntas 95 y 96 del Grupo Especial.

[278] Véase, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 54.

[279] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 48-52; y declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 123.

[280] Respuesta de Indonesia a la pregunta 27 del Grupo Especial, párrafo 71.

[281] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 148, 164, 165, 167, 174, 185, 189, nota 246 al párrafo 192, nota 254 al párrafo 203; la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 30 del Grupo Especial, nota 59 al párrafo 68; a la pregunta 31; a la pregunta 33, párrafo 75; a la pregunta 34, párrafo 79; a la pregunta 37, párrafos 85 y 86; a la pregunta 38, párrafos 91, 94 y 96; y a la pregunta 41, párrafo 105; la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 116; la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 86 del Grupo Especial, párrafos 14, 15 y 16; la respuesta de Indonesia a la pregunta 87 del Grupo Especial, párrafo 18; la respuesta de Indonesia a la pregunta 88 del Grupo Especial, párrafo 23; la respuesta de Indonesia a la pregunta 91 del Grupo Especial, párrafos 38, 39 y 40; la respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 44; las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 17; las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 93 del Grupo Especial, párrafos 22 y 23; y las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 94 del Grupo Especial, nota 22 al párrafo27.

[282] Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 148 y 209; la declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafos 24, 31, 32 y 47; la declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafos 22, 32, 45 y 55; la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 84 del Grupo Especial, párrafo 10; la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 86 del Grupo Especial, párrafo 13; la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 90 del Grupo Especial, párrafos 31 y 35; las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 85 del Grupo Especial, párrafos 9, 10 y 13; las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 93 del Grupo Especial, párrafo 23; y las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 94 del Grupo Especial, párrafos 25 y 26.

[283] Véase, por ejemplo, la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 30 del Grupo Especial, párrafo 69.

[284] Véase, por ejemplo, la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 88 del Grupo Especial, párrafos 23 y 91, párrafo 38.

7.131 Por tanto, en esta diferencia las partes han utilizado a menudo los términos cigarrillos "ordinarios" y "aromatizados con tabaco" de manera intercambiable. Nos parece que ello puede causar confusión sobre el producto que se está abordando. En efecto, aludir a cigarrillos aromatizados con tabaco puede llevar al lector a creer que cigarrillos como los aromatizados con clavo de olor o los aromatizados con mentol no contienen tabaco. De hecho, todos los cigarrillos contienen tabaco, pero los cigarrillos aromatizados, como los mentolados, los kreteks, los bidis, etc., contienen también un aditivo que imparte el aroma característico a que alude el artículo 907(a)(1)(A), o que, como aduce la comunidad internacional[285], aumenta la palatabilidad. Como indica Indonesia, "los cigarrillos pueden contener diversos ingredientes y aromas que se añaden al tabaco ...".[286] Por consiguiente, hemos decidido utilizar el término cigarrillos "ordinarios", ya que a nuestro juicio es el que mejor describe el hecho de que no incluyen aromas característicos adicionales.

7.132 Cuando preguntamos a las partes si estaríamos yendo más allá de nuestro mandato si realizáramos un análisis de la similitud entre, por un lado, los cigarrillos de clavo de olor, y, por otro lado, los cigarrillos tanto mentolados como ordinarios producidos en los Estados Unidos, **Indonesia** respondió negativamente.[287] Indonesia explica que en su solicitud de establecimiento de un grupo especial hizo referencia a los cigarrillos mentolados como ejemplo de un producto similar producido en el país.[288] No obstante, también explica que al comienzo de las actuaciones estaba persuadida de que los cigarrillos de clavo olor producidos en Indonesia eran "similares" a los cigarrillos que contienen mentol producidos en los Estados Unidos, pero que posteriormente se dio cuenta de que los cigarrillos importados que contienen clavo de olor son similares tanto a los cigarrillos mentolados como a los ordinarios.[289] Indonesia aduce, además, que el hecho de que en su solicitud de establecimiento de un grupo especial sólo hubiera hecho referencia a los cigarrillos mentolados nacionales no causó perjuicios a los Estados Unidos.[290]

7.133 Los **Estados Unidos** coinciden con Indonesia en que el Grupo Especial podría incluir los cigarrillos ordinarios nacionales en su análisis de la similitud sin ir más allá de su mandato. A su juicio, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial deben identificarse la medida o medidas pertinentes y las alegaciones que se formulan. Los Estados Unidos sostienen que el Órgano de Apelación ha hecho una distinción entre "alegaciones" y "argumentos" al examinar una solicitud de establecimiento de un grupo especial conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.[291] Aducen que los productos nacionales que han de tenerse en cuenta en el análisis de la similitud son elementos relacionados con los argumentos presentados por las partes en la diferencia en apoyo o en contra de la alegación en materia de trato nacional, y deben figurar en las comunicaciones escritas y orales de las partes. En consecuencia, según los Estados Unidos, los productos nacionales que se utilizan como base del argumento no formarían parte del mandato de un grupo especial.[292]

7.134 Con independencia de las opiniones de las partes, consideramos necesario examinar esta cuestión, ya que afecta a nuestra jurisdicción. A ese respecto, el Órgano de Apelación ha advertido a los grupos especiales que éstos tienen ciertas facultades que son inherentes a su función jurisdiccional y que "los grupos especiales tienen el derecho de determinar si tienen competencia para entender en

[285] Véase la parte expositiva, párrafos 2.29-2.32.
[286] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 4; nota 7 al párrafo 4 (donde se hace referencia a la Prueba documental 5 presentada por Indonesia, que contiene el siguiente documento: Richard R. Baker, Elian D. Massey y Gram. Smith, "*An overview of the effects of tobacco ingredients on smoke chemistry and toxicology*", *Food and Chemical Toxicity* 42S (2004), S57-S64 ("*Estudio Baker*")).
[287] Respuesta de Indonesia a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 6.
[288] Respuesta de Indonesia a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 12.
[289] Respuesta de Indonesia a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 14.
[290] Respuesta de Indonesia a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 12.
[291] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 7.
[292] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 7.

un determinado asunto, así como el ámbito de su competencia".[293] El Órgano de Apelación también ha aclarado que "según una regla universalmente aceptada, un tribunal internacional puede considerar de oficio la cuestión de su propia competencia".[294] En consecuencia, examinaremos si estaríamos yendo más allá de nuestro mandato si incluyéramos los cigarrillos ordinarios en el análisis de la similitud.

7.135 Comenzamos centrándonos en el texto del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, que dice así:

> "Las peticiones de establecimiento de grupos especiales se formularán por escrito. En ellas se indicará si se han celebrado consultas, se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad."

7.136 Por tanto, el párrafo 2 del artículo 6 del ESD dispone, entre otras cosas, que en las peticiones de establecimiento de grupos especiales se deben identificar las medidas concretas en litigio y se debe hacer una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación que sea suficiente para presentar el problema con claridad. Como constató el Órgano de Apelación en *Guatemala - Cemento I*, esas prescripciones: "en su conjunto ... constituyen la 'cuestión sometida al OSD', base del mandato de un grupo especial" con arreglo al artículo 7 del ESD.[295] Como también explicó el Grupo Especial que examinó el asunto *Colombia - Puertos de entrada*, la solicitud de establecimiento de un grupo especial "define y delimita el alcance de la diferencia, y en consecuencia el ámbito de la jurisdicción de un grupo especial".[296]

7.137 El Grupo Especial reconoce que el párrafo 2 del artículo 6 del ESD no dice que sea necesario especificar los productos objeto de una solicitud de establecimiento de un grupo especial. Creemos, no obstante, que el hecho de que esa obligación no exista no significa que, cuando los productos concretos afectados por la medida en litigio efectivamente se especifican en una solicitud de establecimiento de un grupo especial, esa especificación es del todo irrelevante. Observamos que otros grupos especiales comparten nuestra opinión.[297]

---

[293] Informe del Órgano de Apelación, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafo 45.

[294] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley de 1916*, nota 30 al párrafo 54.

[295] Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala - Cemento I*, párrafo 73; e informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafos 7.22 y 7.26.

[296] Informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.30.

[297] En el asunto *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, el reclamante (los Estados Unidos) había especificado en su solicitud de establecimiento de un grupo especial una lista concreta de productos pertinentes (es decir, libros, diarios y publicaciones periódicas). El Grupo Especial examinó si el uso por los Estados Unidos de una lista tan limitada de publicaciones en su solicitud de establecimiento de un grupo especial había sido suficiente para advertir al demandado (China) de que estaban formulando una alegación con respecto a un producto determinado (es decir, las publicaciones electrónicas). Constató que dado que los Estados Unidos "limita[ron] expresamente el ámbito de su alegación a los 'libros, diarios y publicaciones periódicas' y no hicie[ron] referencia a la categoría más amplia de 'publicaciones'", China "podía razonablemente concluir, de buena fe, que los Estados Unidos no incluían el trato dado a las publicaciones electrónicas en su alegación". Informe del Grupo Especial, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafos 7.145-7.147. En el asunto *CE - Productos de tecnología de la información*, el Grupo Especial constató que los reclamantes (los Estados Unidos, el Japón y el Taipei Chino) habían, entre otras cosas, definido las máquinas digitales multifuncionales en la nota 15 de su solicitud conjunta de establecimiento de un grupo especial. Según el Grupo Especial, como consecuencia de ello los reclamantes habían informado a la Unión Europea de que sus reclamaciones estaban limitadas a los productos definidos en la nota. Así pues, el Grupo Especial constató que la alegación de incompatibilidad con el artículo II del GATT de 1994 concerniente a productos distintos de las máquinas digitales multifuncionales enumeradas en la nota 15 de la solicitud conjunta de establecimiento de un grupo especial no estaba comprendida en su mandato. Informe del Grupo Especial, *CE - Productos de tecnología de la información*, párrafos 7.1204 y 7.1205.

7.138 Somos plenamente conscientes de que, como aducen los Estados Unidos, el Órgano de Apelación ha trazado una distinción entre las "alegaciones" y los "argumentos" al examinar una solicitud de establecimiento de un grupo especial conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.[298] De hecho, como explicó el Órgano de Apelación, "el párrafo 2 del artículo 6 del ESD exige que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se especifiquen no los *argumentos*, pero sí las *alegaciones*, de forma suficiente".[299]

7.139 Sin embargo, discrepamos de los Estados Unidos en que la identificación del producto nacional similar en una solicitud de establecimiento de un grupo especial simplemente equivale a un argumento. A nuestro juicio, en algunos casos, como en el presente, la identificación de los productos concretos en litigio en una solicitud de establecimiento de un grupo especial concierne a la alegación de que se trate, en cuanto que proporciona "una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación", antes que a los argumentos relativos a esa alegación. De hecho, el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* define la obligación de trato nacional que consagra mediante una referencia directa al producto importado y al producto nacional similar; ambos conceptos sirven de orientación para determinar el alcance de esa obligación. Así pues, la identificación de esos dos tipos de productos en la solicitud de establecimiento de un grupo especial concierne más bien a la obligación de hacer "una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación" que exclusivamente a los argumentos.

7.140 El Grupo Especial reconoce que, como explicó el Órgano de Apelación en *CE - Equipo informático*, "el párrafo 2 del artículo 6 del ESD *no* exige expresamente que se identifiquen los productos a los que se aplican 'las medidas concretas en litigio'".[300] Además, en *CE - Trozos de pollo* el Órgano de Apelación observó que "la identificación del producto en cuestión no es por regla general un elemento separado y distinto en el mandato de un grupo especial".[301]

7.141 No discrepamos de esas anteriores constataciones, y no se nos debe interpretar mal, como si afirmáramos que un reclamante, a fin de cumplir lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 6, siempre tiene que identificar los productos a los que se aplica la medida en litigio. Lo que decimos es que cuando el reclamante ha especificado los productos en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, como en el presente caso, y cuando la alegación concierne a una obligación en el marco de la OMC que requiere una comparación de productos específicos, como en el presente caso, esa identificación se convierte en parte integrante del mandato del grupo especial, y no puede "subsanarse" por medio de argumentos.[302]

---

[298] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 7.

[299] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 143.

[300] Sin embargo, como también ha explicado el Órgano de Apelación en relación con determinadas obligaciones en el marco de la OMC, "para identificar 'las medidas concretas en litigio', tal vez sea necesario también identificar los productos sujetos a esas medidas". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Equipo informático*, párrafo 67. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Trozos de pollo*, párrafo 165.

[301] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Trozos de pollo*, párrafo 165.

[302] El Órgano de Apelación ha reiterado recientemente que: "los defectos de la solicitud de establecimiento de un grupo especial no pueden ser subsanados por las comunicaciones de las partes durante las actuaciones del grupo especial. Consideramos que este principio es fundamental para evaluar la jurisdicción de un grupo especial. Aunque el desarrollo posterior de las actuaciones del grupo especial, incluidas las comunicaciones de las partes, pueda contribuir en cierta medida a confirmar el sentido de las palabras utilizadas en la solicitud de establecimiento del grupo especial, los nuevos elementos no pueden tener el efecto de subsanar los defectos de una solicitud de establecimiento de un grupo especial deficiente. En cualquier diferencia, la base para determinar objetivamente el mandato es la solicitud de establecimiento de un grupo especial en la forma que tenía en el momento en que se presentó". Informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 642 (donde se citan el informe del Órgano

7.142 Indonesia ha aducido que su referencia a los cigarrillos mentolados en su solicitud de establecimiento de un grupo especial no es más que un ejemplo. No parece que el texto de esa solicitud justifique esa opinión. En efecto, como se explica más arriba, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia se afirma que "la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor en los Estados Unidos, al tiempo que quedan exentos de esa prohibición *los cigarrillos mentolados* es incompatible", entre otras disposiciones, con "el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, porque la medida concede a un producto importado, los cigarrillos de clavo de olor, un trato 'menos favorable' que el concedido a un producto nacional similar, *los cigarrillos mentolados*" (sin cursivas en el original).[303] De manera análoga, en la solicitud de Indonesia se alega que la medida en litigio es incompatible con "el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque la medida da lugar a un trato 'menos favorable' para los cigarrillos de clavo de olor importados que el otorgado a un producto nacional similar, *los cigarrillos mentolados*"[304] (sin cursivas en el original). No nos parece que ese texto se refiera a los cigarrillos mentolados simplemente como un ejemplo, sino más bien que identifica los cigarrillos mentolados como el producto nacional similar en cuestión. Si sólo sirviera como ejemplo, cabría esperar que Indonesia lo hubiera indicado, o al menos hubiera incluido términos que lo dieran a entender. Además, si el producto nacional identificado en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia debiera tratarse como un mero ejemplo, y dada la manera en que está redactada la alegación, de ello se seguiría necesariamente que también debería tratarse como un mero ejemplo al producto importado identificado en la solicitud (es decir, los cigarrillos de clavo de olor), lo que significa que Indonesia habría tenido en principio la libertad de ampliar el alcance de su alegación en materia de trato nacional en sus posteriores comunicaciones para que comprendiera no sólo los cigarrillos de clavo de olor, sino también uno o más de otros tipos de productos importados.

7.143 Indonesia también nos dice que el mero hecho de que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial sólo hiciera referencia a los cigarrillos mentolados no causó perjuicios a los Estados Unidos[305], y destaca que los Estados Unidos coinciden en que el Grupo Especial no iría más allá de su mandato si incluyera tanto los cigarrillos mentolados como los cigarrillos ordinarios en su análisis de la similitud.[306]

7.144 Indonesia tiene razón cuando hace referencia a la importante función que, por lo que respecta a las garantías procesales, una solicitud de establecimiento de un grupo especial desempeña para delimitar su mandato. De hecho, "consideraciones relacionadas con el debido proceso desaconsejan incluir en el mandato del Grupo Especial medidas y *productos* de los que no haya sido informado el demandado".[307] (sin cursivas en el original)

7.145 No obstante, las debidas garantías procesales son pertinentes no sólo por lo que respecta al derecho de un demandado a conocer el alcance de las alegaciones que contra él se formulan, sino también con respecto a otros Miembros de la OMC con interés en la diferencia. A ese respecto, el Órgano de Apelación aclaró, en *Estados Unidos - Acero al carbono*, que "el mandato, y la solicitud de establecimiento de un grupo especial en que se basa, cumplen el objetivo del *debido proceso* al proporcionar información a las partes y *a los terceros* sobre la naturaleza de los argumentos del reclamante" (sin cursivas en el original).[308]

---

de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 143; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127).

[303] Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, WT/DS406/2, página 1.

[304] Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, WT/DS406/2, página 2.

[305] Respuesta de Indonesia a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 12.

[306] Respuesta de Indonesia a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 14.

[307] Informe del Grupo Especial, *CE - Productos de tecnología de la información*, párrafo 7.1202.

[308] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 126; e informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.23.

7.146 Nosotros iríamos más allá e incluiríamos los derechos de todos los Miembros de la OMC que tienen derecho a dar a conocer su interés en una diferencia concreta y a solicitar sumarse a las actuaciones en calidad de terceros. Podríamos fácilmente contemplar la posibilidad de que un Miembro de la OMC pudiera haber decidido no sumarse en calidad de tercero a esta diferencia por creer que sólo afectaba a los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados. Por tanto, no es impensable que pudiera haber habido una reacción distinta entre los Miembros de la OMC productores de tabaco si Indonesia o bien hubiera incluido los cigarrillos ordinarios en su solicitud de establecimiento de un grupo especial o bien se hubiera referido a los cigarrillos ordinarios en lugar de únicamente al mentol.

7.147 Habida cuenta de lo anterior, nos sentimos obligados a concluir que estamos limitados por el resumen del fundamento jurídico de su alegación en materia de trato nacional presentado por Indonesia, en el que los productos de que se trata se identifican como los cigarrillos de clavo de olor importados *contra* los cigarrillos mentolados nacionales. A nuestro juicio, iríamos más allá de nuestro mandato si ampliáramos el alcance de la alegación en materia de trato nacional de Indonesia incluyendo en nuestro examen los cigarrillos ordinarios nacionales.

7.148 Habida cuenta de ello, examinaremos sucesivamente cada uno de los cuatro criterios del análisis tradicional de la similitud. Recordamos que el Órgano de Apelación ha resuelto que los grupos especiales que decidan obrar de esa manera deben examinar "los elementos de prueba relativos a *cada uno* de esos cuatro criterios y sopesa[r] seguidamente *todas* esas pruebas, junto con cualquier otra que fuera pertinente, para efectuar la determinación *global* de si los productos de que se trataba [pueden] caracterizarse como 'similares'".[309] Recordamos también que el Grupo Especial, una vez examinadas todas las pruebas pertinentes, tendrá que determinar si esas pruebas "en conjunto, indican que los productos de que se trata son 'similares' en términos de la disposición legal cuestionada"[310], es decir, en términos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

Las propiedades, naturaleza y calidad de los productos pertinentes

7.149 El informe del Grupo de Trabajo del GATT sobre *Ajustes fiscales en frontera* estableció que lo primero que debía analizarse al evaluar la "similitud" eran las *propiedades, naturaleza y calidad* de los productos. En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación aclaró que ese primer criterio abarca las cualidades y características físicas de los productos.[311] En esa misma diferencia, el Órgano de Apelación encomendó a los grupos especiales que "examinar[an] plenamente las propiedades físicas de los productos" y, en particular, dado que la determinación se hacía en el contexto de un análisis en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, que "examinar[an] aquellas propiedades físicas que [tuvieran] probabilidad de influir en la relación de competencia entre ellos en el mercado".[312]

7.150 Como hemos explicado antes, estamos obligados a examinar la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en su propio contexto y en el de dicho *Acuerdo*. Como también hemos explicado, el hecho de que en el *Acuerdo OTC* no exista un texto similar al del principio general enunciado en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994 nos hace reacios a integrar en nuestra interpretación un análisis basado en la competencia. No obstante, sí transponemos las conclusiones del Órgano de Apelación arriba citadas en nuestro análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, en cumplimiento de nuestra obligación de examinar aquellas propiedades físicas que sean pertinentes a la finalidad inmediata del artículo 907(a)(1)(A), a saber, la presencia de un aroma característico en los cigarrillos.

[309] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 109.
[310] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 103.
[311] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 110.
[312] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 114.

7.151 El Órgano de Apelación también explicó que los distintos criterios sobre la "similitud" están relacionados entre sí. Por ejemplo, en lo tocante a las propiedades físicas de un producto, observó que éstas conforman y limitan los usos finales a que los productos pueden dedicarse, y que la clasificación arancelaria refleja claramente las propiedades físicas de un producto.[313]

7.152 Pese a ello, el Órgano de Apelación encomendó que se realizara un examen separado y concienzudo de cada criterio, y con ello subrayó la importancia de que el grupo especial efectúe un examen completo de las características físicas de un producto:

> "Aunque la medida en que los productos tienen propiedades físicas comunes no sea decisiva, puede constituir una indicación útil de su 'similitud'. Además, las propiedades físicas de un producto también pueden influir en la manera en que puede utilizarse éste, en las actitudes de los consumidores ante el mismo y en la clasificación arancelaria. Es pues importante que los grupos especiales examinen plenamente las características físicas de un producto. También nos preocupan las dificultades que encontraría un grupo especial para llegar a conclusiones correctas a partir de los elementos de prueba examinados en el marco de cada criterio, si en el enfoque que adopta no se ocupa claramente de cada criterio por separado, sino que entreteje elementos diferentes y distintos en el curso del análisis."[314]

7.153 El Órgano de Apelación insistió en que el análisis separado del criterio de las características físicas *no* debe entremezclarse con el examen de los usos finales.[315] Cabe también señalar que en algunos casos productos con distintas propiedades físicas pueden tener usos finales similares o idénticos, pero que ello no significa que sean equivalentes. En opinión del Órgano de Apelación, aunque los usos finales pueden ser "equivalentes", es posible que no afecten a las propiedades físicas de los productos, por lo que éstos seguirían siendo distintos.[316]

7.154 Merece la pena destacar la pertinencia, en un examen de la similitud, de las características relacionadas con los riesgos para la salud[317], que el Órgano de Apelación ha ubicado en el reino de las propiedades físicas de los productos de que se trate.[318] Sin embargo, en nuestro caso, la medicina ha demostrado, y las partes reconocen, que todos los cigarrillos son tóxicos. En términos generales, ambas partes convienen en que la toxicidad relativa de los cigarrillos de clavo de olor, mentolados y

---

[313] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 102.

[314] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 111.

[315] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 111.

[316] Esa fue la respuesta del Órgano de Apelación a la opinión convencida del Grupo Especial de que cuando dos productos pueden utilizarse para el mismo uso final, sus "*propiedades* son *equivalentes*, si no idénticas". El Órgano de Apelación discrepó. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 111 y 112.

[317] En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación indicó que "en nuestra firme opinión, las pruebas relacionadas con los riesgos para la salud que conlleve un producto pueden ser pertinentes en un examen de la 'similitud' hecho en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 113.

[318] En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación constató que las fibras ACV no tenían en la misma medida las propiedades carcinogénicas de las fibras de amianto crisotilo. Observó que:

> "Los grupos especiales deben examinar plenamente las propiedades físicas de los productos. En particular ... aquellas propiedades físicas que tengan probabilidad de influir en la relación de competencia entre ellos en el mercado. En el caso de las fibras de amianto crisotilo, su estructura molecular, su composición química y su propensión a fragmentarse (fibrillación) son importantes, porque las partículas microscópicas y los filamentos de las fibras de amianto crisotilo son carcinógenas para los seres humanos, tras su inhalación."

El Órgano de Apelación aludió al carácter carcinógeno como "un aspecto determinante de las propiedades físicas de las fibras de amianto crisotilo". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 114.

ordinarios no es objeto de esta diferencia.[319] Los Estados Unidos confirman esa opinión, pero aparentemente sugieren que los cigarrillos de clavo de olor pueden ser más peligrosos que otros cigarrillos. Trataremos esto con más detalle al llegar a una conclusión sobre la comparación de los diversos productos en cuestión.

7.155 Por consiguiente, procederemos a examinar las propiedades físicas de los cigarrillos de clavo de olor importados y los cigarrillos mentolados nacionales basándonos en las pruebas presentadas por las partes. Recordamos que las partes en esta diferencia han estructurado el análisis del trato nacional sobre la base de categorías de cigarrillos (es decir, cigarrillos de clavo de olor, mentolados y ordinarios), y no de determinadas marcas de cigarrillos.[320] Por tanto, las pruebas que han presentado se centran en las características generales atribuibles a cada categoría, y no en los ingredientes exactos que una marca de cigarrillos dada puede contener. De hecho, esa información es de dominio privado del fabricante.[321]

7.156 Lo que el Grupo Especial tiene que determinar es, en consonancia con lo indicado por el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, "el grado o la medida en que los productos deben tener cualidades o características comunes para ser 'productos similares'".[322] Recordamos que el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico que regula los cigarrillos que tienen un aroma característico, lo que puede entenderse como tener un aditivo que produce un sabor o aroma distintivo. La presencia de ese aditivo debe, por tanto, formar parte de las características que un cigarrillo ha de tener para ser "similar" a los efectos de esta diferencia.

Propiedades, naturaleza y calidad de los cigarrillos de clavo de olor

7.157 Basándonos en las pruebas presentadas por las partes podemos concluir que los cigarrillos de clavo de olor están compuestos por tabaco combinado con sustancias aromatizantes, que se ofrecen al consumidor en un envoltorio de papel con un filtro.[323] Los cigarrillos de clavo de olor son, como los cigarrillos mentolados, cigarrillos de "clase A" a efectos fiscales en los Estados Unidos, y cumplen la definición estadounidense[324] de cigarrillo.[325]

---

[319] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 57; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 71.

[320] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 54; respuesta de Indonesia a la pregunta 27 del Grupo Especial; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 154.

[321] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 69; y respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 32 y 33 del Grupo Especial.

[322] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 109.

[323] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 54; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 67. Observamos que en Indonesia - Prueba documental 29 (página 2) se indica que por lo general los cigarrillos de clavo de olor están liados a máquina, se pueden obtener con o sin los filtros, y se venden en paquetes de colores brillantes.

[324] La definición de cigarrillo que figura en 26 U.S.C. § 5702(b) es la siguiente:

> "(1**)** cualquier rollo de tabaco envuelto en papel o en cualquier sustancia que no contenga tabaco, y (2) cualquier rollo de tabaco envuelto en cualquier sustancia que contenga tabaco que debido a su apariencia, al tipo de tabaco utilizado en el relleno, o a su embalaje y etiquetado, es probable que se ofrezca a los consumidores o sea comprado por estos como un cigarrillo descrito en el apartado (1)."

[325] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 55.

7.158 Por lo general, los cigarrillos de clavo de olor se fabrican con un contenido del 60 al 80 por ciento de tabaco.[326] Además, normalmente contienen una mezcla de distintos tipos de tabaco.[327] Por lo que respecta a los tipos de tabaco que componen la mezcla, Indonesia sostiene que la composición de tabacos suele ser la siguiente: i) el tabaco *Virginia/bright*, que está curado al aire caliente, representa aproximadamente del 25 al 50 por ciento; ii) el tabaco oriental, que está curado al sol, del 25 al 35 por ciento; iii) el tabaco *Burley*, que está curado al aire, representa entre 0 y el 10 por ciento; y iv) el tabaco de Java (el tabaco local indonesio), que está curado al sol, está presente en una proporción del 20 al 30 por ciento.[328] Indonesia explica también que el tabaco de Java es similar al tabaco *Burley*, aunque el primero está curado al sol en lugar de curado al aire.[329] Los Estados Unidos, en contraste, sostienen que los cigarrillos de clavo de olor normalmente contienen tabaco de Virginia y de Java, cada uno de ellos en una proporción aproximada del 30 por ciento del contenido del cigarrillo.[330]

7.159 Por lo que respecta a los aditivos, los cigarrillos de clavo de olor contienen aproximadamente del 20 al 40 por ciento de clavos de olor[331], ya sea en forma de capullos de clavo o de clavos molidos/picados.[332] Como aducen los Estados Unidos, parece que el aditivo de clavo de olor también puede ser aceite de clavo de olor o cualquier combinación de las tres cosas (es decir, capullos de clavo de olor, clavos de olor picados y aceite de clavo de olor).[333] Entendemos asimismo que los clavos de olor molidos contienen alrededor del 20 por ciento de aceite de clavo de olor.[334]

7.160 Los cigarrillos de clavo de olor generalmente contienen una "salsa" como parte de los ingredientes aromatizantes escogidos por cada fabricante.[335] De hecho, sostienen los Estados Unidos, los fabricantes promueven esa "salsa" como característica física distintiva de los cigarrillos de clavo de olor.[336] Indonesia aclara que esa "salsa" contiene "vainilla, azúcares, menta, regaliz, concentrados de fruta y licores".[337]

---

[326] Indonesia - Prueba documental 29; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 163.

[327] Respuesta de Indonesia a la pregunta 33 del Grupo Especial; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 33 del Grupo Especial.

[328] Respuesta de Indonesia a la pregunta 33 del Grupo Especial.

[329] Respuesta de Indonesia a la pregunta 33 del Grupo Especial.

[330] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 33 del Grupo Especial.

[331] Indonesia indica en su Prueba documental 29 que el aditivo de clavo de olor representa alrededor del 20 al 40 por ciento. Posteriormente, en respuesta a la pregunta 28 del Grupo Especial, Indonesia rebaja al 15 por ciento el contenido mínimo de clavo de olor. Los Estados Unidos sostienen, en el párrafo 36 de su primera comunicación escrita, que los clavos de olor representan entre el 30 y el 40 por ciento del contenido de los cigarrillos de clavo de olor.

[332] Observamos que Indonesia utiliza la expresión "clavos de olor molidos", mientras que los Estados Unidos aluden a "clavos de olor picados". Aparentemente se refieren a lo mismo.

[333] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 28 del Grupo Especial.

[334] Respuesta de Indonesia a la pregunta 28 del Grupo Especial.

[335] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 165.

[336] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 113.

[337] Respuesta de Indonesia a la pregunta 29 del Grupo Especial. Los Estados Unidos presentan en su primera comunicación un extracto del sitio Web de PT Djarum, en el que se describen los cigarrillos de clavo de olor y se menciona una "salsa secreta":

> "Lo que hace los kretek especiales no es sólo los clavos de olor, sino también la salsa secreta que contribuye a su goce. Hay quien dice que la receta de la salsa de kretek, que combina el sabor único del tabaco, la fruta y extractos de hierbas, así como otros aromas naturales, es un secreto más protegido que el de la Coca Cola. Conocida únicamente por dos o tres miembros de cada empresa de kretek, la salsa se utiliza para *suavizar* la aspereza del tabaco y el picor del clavo de olor. Y, para potenciar aún más el aroma, el extremo del kretek está *endulzado*.

7.161 Observamos que las partes han presentado extensos argumentos sobre la presencia de eugenol en los cigarrillos de clavo de olor y la toxicidad resultante de esos cigarrillos. Los Estados Unidos destacan que el eugenol es uno de los ingredientes activos del aceite de clavo de olor, y lo definen como "un anestésico local común utilizado en procedimientos dentales".[338] Mantienen que los cigarrillos de clavo de olor son dulcemente aromáticos, y que fumar el producto puede causar algún adormecimiento de la boca.[339] Razonan que el eugenol elimina gran parte de la sensación del consumo de cigarrillos que es desagradable para los nuevos fumadores[340], lo que hace del "cigarrillo de clavo de olor ... algo casi ideal como diseño de un cigarrillo de 'habituación' para captar como fumadores a los jóvenes".[341] Los Estados Unidos aducen que las pruebas demuestran que los cigarrillos de clavo de olor conllevan riesgos particulares para la salud de algunos usuarios.[342] Según

---

Todo ello resulta en un sabor *más rico y frutal*, un aroma *suave* y un regusto *agradable* que el de cualquier cigarrillo ordinario, que son muy apreciados por los aficionados al kretek."

Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 46. Demirtas, "Djarum Cigarettes & Cigars", http://www.demirtas.com.tr/Djarum.htm (sin cursivas en el original) (Estados Unidos - Prueba documental 39).

[338] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 38, donde se cita a Guidotti y Laing, "Clove Cigarettes", *The Western Journal of Medicine*, página 538 (agosto de 1992) ("Clove Cigarettes") (Estados Unidos - Prueba documental 41); CDC Article Regarding Epidemiology and Illnesses Possibly Associated with Cloves (Estados Unidos - Prueba documental 37).

[339] Los Estados Unidos hacen referencia a *Clove Cigarettes* (Estados Unidos - Prueba documental 41), página 537; y a Clove Cigarettes: the Basis for Concern (Estados Unidos - Prueba documental 38), página 222.

[340] Clove Cigarettes (Estados Unidos - Prueba documental 41), página 537.

[341] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 38; donde se cita Clove Cigarettes: the Basis for Concern (Estados Unidos - Prueba documental 38), página 226; Susan Farrer "Alternative Cigarettes May Deliver More Nicotine Than Conventional Cigarettes", National Institute on Drug Abuse ("NIDA"), volumen 18, Nº 2 (agosto de 2003) ("Los cigarrillos alternativos pueden contener más nicotina que los cigarrillos convencionales") ("A veces se hace referencia a los cigarrillos de clavo de olor como 'cigarrillos de habituación' que pueden servir como productos 'de entrada' que introducen el consumo de tabaco entre los jóvenes") (Estados Unidos - Prueba documental 42); CDC Article Regarding Epidemiology and Illnesses Possibly Associated with Cloves ("El uso de cigarrillos de clavo de olor puede estar cambiando las pautas de consumo de tabaco de los adolescentes americanos. Algunos investigadores han sugerido que el eugenol anestesia el fondo de la garganta y la *tráquea* de los fumadores, lo que permite una inhalación más profunda y posiblemente fomenta el consumo de tabaco en personas a las que de otro modo la aspereza de los cigarrillos ordinarios habría disuadido") (Estados Unidos - Prueba documental 37); Clove Cigarettes, página 538 ("Igual preocupación ha causado la posibilidad de condicionar la conducta de los adolescentes por lo que respecta al consumo de tabaco. Fumar cigarrillos de clavo de olor es un hábito menos nocivo debido a su sabor aceptable y a un efecto anestésico en las membranas mucosas que disminuye la sensación desagradable. El hábito se ha asociado a muchas tendencias sociales importantes entre grupos homogéneos de adolescentes … Por consiguiente, los cigarrillos de clavo de olor pueden tener un potencial peligroso para iniciar en el hábito a fumadores hasta entonces no experimentados") (Estados Unidos - Prueba documental 41); *Committee on Substance Abuse*, "Hazards of Clove Cigarettes", *Pediatrics*, volumen 88, página 395 (1991) ("Cabe sospechar que los cigarrillos de clavo de olor son una droga de entrada debido a sus propiedades y a la forma en que se fuman. El eugenol contenido en los cigarrillos de clavo de olor, al actuar como anestésico local de la orofaringe posterior, reduce los elementos nocivos del consumo de tabaco. De ese modo, puede facilitar el aprendizaje de técnicas para fumar, tanto la inhalación ordinaria como la técnica de inhalación profunda utilizada para fumar marihuana. Además, el aroma y la mística que rodea al uso de cigarrillos de clavo de olor los ha hecho muy populares entre los adolescentes que no utilizan drogas pero tratan de ser aceptados por grupos de usuarios de drogas de su misma edad y de participar en sus experiencias") (Estados Unidos - Prueba documental 43).

[342] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 38 b) del Grupo Especial, párrafos 90-94. Véase también OMS, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation" (La base científica de la reglamentación de los productos de tabaco), página 35 ("los bidis ... y los kreteks (cigarrillos de tabaco aromatizados con clavo de olor, a menudo importados de Indonesia) son productos alternativos del tabaco que tienen mayores concentraciones de nicotina, alquitrán y monóxido de carbono que los cigarrillos convencionales. … El consumo de kreteks se asocia a aumentos de los riesgos de daños pulmonares y disfunciones pulmonares") (Estados Unidos - Pruebas documentales 113, 37, 38, 45, 48 y 105).

los Estados Unidos se sospecha que el eugenol causa neumonía por aspiración o toxicidad pulmonar directa.[343]

7.162 Indonesia no niega que los cigarrillos de clavo de olor contienen eugenol, y explica que en términos químicos el aceite de clavo de olor se conoce como eugenol[344], y que los capullos de clavo de olor contienen eugenol.[345] Por lo que respecta a las alegaciones de los Estados Unidos sobre los efectos adormecedores del eugenol, Indonesia especifica que no hay investigaciones científicas basadas en seres humanos que demuestren que el eugenol contenido en los clavos de olor adormezca la garganta. Por el contrario, aduce Indonesia, estudios más recientes arrojan dudas sobre la afirmación de que el eugenol insensibiliza la garganta. Indonesia sostiene además que la misma alegación de adormecimiento de la garganta se ha hecho con respecto al uso de mentol en los cigarrillos.[346]

7.163 Observamos que ambas partes convienen en que el documento de Polzin[347], un estudio sobre ciertos ingredientes que contienen los cigarrillos de clavo de olor indonesios, revela que 19 de las 33 marcas de cigarrillos de clavo de olor analizadas contenían cumarina.[348] Según los Estados Unidos, la cumarina es un producto químico, vinculado a la hepatoxicidad en las personas, que ya no se encuentra en la mayoría de los cigarrillos. En un estudio, explican los Estados Unidos, se constató que un 64 por ciento de las marcas de cigarrillos de clavo de olor probadas contenía cumarina a niveles de entre 9,2 y 215 miligramos por cigarrillo. En contraste, sólo una marca, entre 68 marcas de cigarrillos convencionales disponibles en los Estados Unidos, mostró niveles detectables de cumarina. Los Estados Unidos destacan que la cumarina está prohibida como aromatizante en los Estados Unidos, y actualmente está incluida en la lista de la FDA de "sustancias generalmente prohibidas para adición directa o utilización como alimentos humanos".[349] Reconocen, sin embargo, que la cumarina no está prohibida como aditivo en los cigarrillos.[350] Indonesia presenta varios argumentos sobre la toxicidad y la presencia de cumarina en los cigarrillos pertinentes. Observa, en primer lugar, que no todos los cigarrillos de clavo de olor contienen cumarina, mientras que algunos cigarrillos ordinarios y mentolados estadounidenses sí contienen ese ingrediente. En segundo lugar, la cumarina es simplemente un elemento constitutivo natural de muchos tipos de tabaco. Por último, Indonesia destaca que los propios Estados Unidos permiten la cumarina como aditivo en los cigarrillos.[351] Añade que el Secretario de Servicios de Salud y Humanos de los Estados Unidos está obligado a comunicar al Congreso la existencia de cualquier ingrediente en los cigarrillos que pueda conllevar riesgos para la salud de los fumadores, y que el Departamento de Servicios de Salud y Humanos no lo ha hecho con respecto al eugenol ni a la cumarina.[352]

7.164 Por último, Indonesia aclara que los cigarrillos de clavo de olor también contienen otros componentes propios de los clavos de olor, como el bencil acetato, el metilsalicilato, el trans-anetol y el metil eugenol.[353]

---

[343] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 38 del Grupo Especial; y Estados Unidos - Pruebas documentales 37, 38 y 41.

[344] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 55.

[345] Respuesta de Indonesia a las preguntas 28 y 30 del Grupo Especial; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 28 del Grupo Especial.

[346] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 45.

[347] Estados Unidos - Prueba documental 45.

[348] Respuesta de Indonesia a la pregunta 34 del Grupo Especial; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 34 del Grupo Especial.

[349] 21 CFR 189.120. Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 166.

[350] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 166, nota 210.

[351] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 73 y 75.

[352] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 41, 49 y 75; y segunda declaración oral de Indonesia, párrafo 52.

[353] Respuesta de Indonesia a la pregunta 30 del Grupo Especial.

7.165 Los Estados Unidos aducen que las pruebas demuestran que los cigarrillos de clavo de olor conllevan riesgos particulares para la salud de algunos usuarios.[354] Indonesia responde que no hay pruebas de que los cigarrillos de clavo de olor sean más tóxicos o planteen mayores riesgos para la salud[355] que los cigarrillos mentolados u ordinarios producidos en el país y que, al no haber diferencia de toxicidad, no hay diferencia en sus características físicas.[356]

Propiedades, naturaleza y calidad de los cigarrillos mentolados

7.166 Basándonos en las pruebas presentadas por las partes podemos concluir que los cigarrillos mentolados están compuestos por aproximadamente un 90 por ciento de tabaco en peso. En cuanto al tipo de tabaco, los cigarrillos mentolados están generalmente hechos con una mezcla de tabacos Virginia, Maryland *burley*, Oriental y tabaco reconstituido.[357] El informe de marzo de 2011 del TPSAC especifica que "por lo general, los cigarrillos mentolados se mezclan utilizando más tabaco curado al aire caliente y menos tabaco *burley* ... porque algunos de los productos químicos que se encuentran en los tabacos *burley* crean un sabor incompatible con el mentol".[358]

7.167 El principal aditivo en los cigarrillos mentolados es el aceite de mentol. El mentol es un compuesto químico extraído de la planta de la menta (*Mentha piperita*) o la menta de maíz (*Mentha arvensis*), o producido por medios sintéticos o semisintéticos.[359] Según el informe de marzo de 2011 del TPSAC, algunos fabricantes de cigarrillos sólo utilizan aceite de mentol natural, mientras que otros utilizan una mezcla de mentol natural y sintético. El informe de marzo de 2011 del TPSAC establece que el mentol se añade a los cigarrillos en las formas siguientes: a) rociando el tabaco cortado durante la mezcla; b) aplicándolo a la envoltura de papel metálico; c) inyectándolo en la corriente de tabaco; d) inyectándolo en el filtro; e) insertando una capsula aplastable en el filtro; f) introduciendo un hilo de mentol en el filtro; g) cualquier combinación de los anteriores. En cualquier caso, el mentol se difunde por todo el cigarrillo, con independencia del lugar de aplicación original.[360]

7.168 Según el informe de marzo de 2011 del TPSAC, el mentol se añade a los cigarrillos tanto como un aroma característico (mayores niveles de mentol) como por otras razones relacionadas con el sabor (niveles más bajos de mentol). Esas otras razones incluyen el fortalecimiento del aroma de mezclas de tabaco y/o la suavización del gusto de la mezcla.[361] Además, el mentol puede tener propiedades refrescantes, analgésicas o irritantes[362], y se ha comunicado que reduce la sensibilidad a

[354] Véase la nota 342 *supra*.

[355] El Órgano de Apelación ha considerado que la toxicidad es una cualidad física que debe tenerse en cuenta al examinar las propiedades físicas de un producto como parte de una determinación de la "similitud" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 114.

[356] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 55 y 57.

[357] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 31 del Grupo Especial. Indonesia no ha presentado al Grupo Especial información específica a este respecto.

[358] Informe de marzo de 2011 del TPSAC, página 19. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[359] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 31; informe de marzo de 2011 del TPSAC, página 19. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[360] Informe de marzo de 2011 del TPSAC, página 19. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[361] Informe de marzo de 2011 del TPSAC, páginas 19 y 20. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[362] Informe de marzo de 2011 del TPSAC, página 18. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

productos químicos nocivos, entre ellos la nicotina.[363] De hecho, añade el informe de marzo de 2011 del TPSAC, "los fumadores comunican que el mentol reduce la irritación y que los cigarrillos mentolados son menos ásperos y más suaves que los cigarrillos no mentolados".[364]

7.169 Este aditivo representa aproximadamente el 1 por ciento de los ingredientes contenidos en el cigarrillo, aunque la cantidad concreta varía en función de la marca. En ese sentido, Indonesia aduce que se ha comunicado que el contenido de mentol puede llegar al 3 por ciento[365], mientras que los Estados Unidos especifican que algunas marcas de mentolados pueden tener "ligeramente más o menos de un 1 por ciento de aceite de mentol".[366] Por lo que respecta a los niveles de mentol, los Estados Unidos destacan que esos niveles, en las marcas comercializadas como cigarrillos mentolados, oscilan entre 0,15-0,58 mg/cigarrillo.[367] En el informe de marzo de 2011 del TPSAC se especifica que "en un estudio reciente de 48 marcas y submarcas de cigarrillos mentolados estadounidenses, el contenido medio de mentol en los cigarrillos, por peso, era de 2,64 mg/cigarrillo, en una horquilla de 1,61 a 4,38 mg".[368]

7.170 Indonesia sostiene que los cigarrillos mentolados también tienen sus propios aromatizantes, a los que se hace referencia como, "salsa" o "*casing"* (una determinada mezcla de ingredientes).[369] A ese respecto, los Estados Unidos aducen que la salsa especial utilizada en los cigarrillos de clavo de olor indonesios no es la misma utilizada en todos los cigarrillos, incluidos los mentolados.[370] Los Estados Unidos explican que el aroma que confiere la salsa a los productos es parte del sabor esencial y de la identidad de éstos.[371] Indonesia replica que nunca ha aducido que la "salsa" o "*casing*" en los cigarrillos de clavo de olor es idéntica a la utilizada en los cigarrillos ordinarios o mentolados; antes bien, ha mantenido que cada marca de cigarrillos tiene una mezcla de ingredientes, de dominio privado, que le confiere un sabor singular.[372]

7.171 Por lo que respecta a sus efectos en la salud, Indonesia aduce que se ha alegado que el mentol tiene propiedades adormecedoras. Así parece confirmarlo el informe de marzo de 2011 del TPSAC, que establece que los efectos que aparentemente atraen a los fumadores de mentolados incluyen efectos refrescantes, efectos antisépticos, efectos adormecedores y efectos anestésicos.[373] Las partes discrepan además sobre si los cigarrillos mentolados contienen también eugenol y cumarina.[374] Como ya hemos indicado, Indonesia aduce que los cigarrillos mentolados también contienen esos aditivos[375], mientras que los Estados Unidos lo refutan basándose en un estudio realizado en 2010 que demuestra que ninguna de las marcas de cigarrillos "ordinarios" o mentolados contenía eugenol o cumarina.[376]

---

[363] Informe de marzo de 2011 del TPSAC, página 22. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[364] Informe de marzo de 2011 del TPSAC, página 25. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[365] Respuesta de Indonesia a la pregunta 32 del Grupo Especial.

[366] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 32 del Grupo Especial.

[367] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 171; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 32 del Grupo Especial.

[368] Informe de marzo de 2011 del TPSAC, página 20. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[369] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 69.

[370] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 87 del Grupo Especial.

[371] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 87 del Grupo Especial, párrafo 19.

[372] Observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 87 del Grupo Especial.

[373] Informe de marzo de 2011 del TPSAC, página 103. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[374] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 74.

[375] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 72, donde se hace referencia a Estados Unidos - Prueba documental 71.

[376] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 86 del Grupo Especial.

En respuesta a este argumento, Indonesia aduce que la verdadera razón por la que en el estudio realizado en 2010 no se detectó la presencia de eugenol y cumarina es que "los Estados Unidos 'aparejaron' el sistema de manera que no pudiera detectarse la presencia de eugenol y cumarina"[377] fijando límites de detección más altos para esos ingredientes.

> Comparación de las propiedades, naturaleza y calidad de los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados

7.172 Procederemos ahora a comparar las propiedades físicas, naturaleza y calidad de ambos tipos de cigarrillos pertinentes.

7.173 Observamos que Indonesia aduce que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos producidos en el país, incluidos los mentolados, tienen las mismas características físicas.[378] En su segunda comunicación escrita, Indonesia matiza esta posición afirmando que "si bien Indonesia está de acuerdo en que los ingredientes en un cigarrillo de clavo de olor difieren en algunos aspectos de los ingredientes en los cigarrillos aromatizados con tabaco y mentol, esas diferencias no son determinantes".[379]

7.174 Los Estados Unidos responden que Indonesia, cuando aduce que los cigarrillos en cuestión son similares, sólo alude a unas pocas características genéricas, y de ese modo pasa por alto las características más pertinentes para el mercado.[380] Sostienen, además, que "la principal tarea interpretativa consiste en determinar qué similitudes y diferencias son significativas y pertinentes para establecer la similitud en este caso concreto, y que a efectos de esa tarea son esenciales el contexto de las disposiciones y los acuerdos en cuestión y las circunstancias fácticas del caso".[381] Por consiguiente, a juicio de los Estados Unidos, en el análisis de la similitud debe tenerse en cuenta no sólo la naturaleza de la relación de competencia, sino también el fundamento en que se basa el artículo 907(a)(1)(A).[382]

7.175 Antes de abordar la comparación entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados, nos parece importante abordar la definición de la expresión "aroma característico", ya que este es uno de los elementos básicos del artículo 907(a)(1)(A). Como se indica más arriba, los Estados Unidos, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, explicaron que un comentario del Senado sobre el expediente legislativo del artículo 907(a)(1)(A) aclara que "aunque no se define en la ley, la expresión 'aroma característico' tiene por objeto englobar los aditivos que producen un gusto, sabor o aroma distintivo impartido por el producto ".[383] Esto, a nuestro entender, demuestra que un cigarrillo, para estar regulado por el artículo 907(a)(1)(A), tiene que tener un aditivo que produce un aroma o sabor distintivo. Por consiguiente, como se explica en la sección VII.D.2 c) i) *supra*, el Grupo Especial atribuirá más importancia, en el análisis de la similitud, al hecho de que un cigarrillo contenga un aditivo que produce un sabor o aroma distintivo.

7.176 Basándonos en los argumentos concernientes a la descripción de las propiedades, naturaleza y calidad de los cigarrillos de clavo de olor y mentolados presentados por las partes y arriba descritos, podemos llegar a las siguientes conclusiones.

---

[377] Observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 86 del Grupo Especial (Estados Unidos - Prueba documental 72).

[378] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 54.

[379] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 67.

[380] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 161.

[381] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 110.

[382] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 111.

[383] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 14 del Grupo Especial, párrafo 32. Los Estados Unidos proporcionan la siguiente referencia: 155 Cong. Rec. S64111 (10 de junio de 2009) (Estados Unidos - Prueba documental 98).

7.177 Primero, en general, los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados están hechos de tabaco combinado con aditivos contenido en una envoltura de papel. Por tanto, el ingrediente predominante en todos ellos es el tabaco, en cantidades que van del 60 al 90 por ciento. El contenido exacto de tabaco, los tipos de tabaco utilizados y los aditivos incluidos varían de marca a marca de cigarrillos dentro de cada tipo de cigarrillo.

7.178 Segundo, aunque tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados están principalmente compuestos de tabaco, lo que aparentemente diferencia a ambos de los cigarrillos ordinarios[384] es la presencia de un aditivo distinto del simple tabaco que resulta en un sabor o aroma distintivo. Ese aditivo es una hierba o una especia o se ha extraído de ellas. El hecho de que los cigarrillos de clavo de olor contengan una cantidad sustancial de capullos de clavo de olor[385] y de que los cigarrillos mentolados sólo contengan aproximadamente un 1 por ciento de aceite de mentol no cambia la conclusión de que en ambos casos, con independencia de la marca que examinemos, la presencia de esos aditivos transforma sustancialmente el aroma del cigarrillo.

7.179 Tercero, la adición de una "salsa" no es exclusiva de los cigarrillos de clavo de olor, ya que todos los cigarrillos contienen una combinación de ingredientes distinta que confiere a cada marca de cigarrillos un sabor particular y diferenciado. En otras palabras, cada marca tiene su propia composición de ingredientes y aditivos específica, que por lo general se considera información de dominio privado.

7.180 Hay, no obstante, varias diferencias entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados, a saber, que en general los cigarrillos de clavo de olor contienen tabaco de Java, eugenol y cumarina, mientras que los cigarrillos mentolados generalmente no contienen esos componentes en cantidades significativas o no los contienen en absoluto. Sin embargo, esas diferencias nos parecen de menor importancia o secundarias, porque la principal característica de esos tipos de cigarrillos es que contienen aditivos que producen aromas característicos del cigarrillo y reducen la aspereza del tabaco.

7.181 Los Estados Unidos aducen además que el mentol y los capullos de clavo de olor que contienen los cigarrillos de clavo de olor son productos físicos completamente distintos.[386] Esto es importante, mantienen, porque los capullos de clavo de olor desecados imparten un sabor y aroma suave y especiado y se utilizan a menudo en productos horneados, golosinas y bebidas.[387] Indonesia, en contraste, sostiene que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados contienen tabaco y un ingrediente añadido (es decir, una hierba o especia) con propiedades suavizantes. Afirma que tanto el aceite de clavo de olor como el mentol se utilizan mucho en productos de consumo, y que se reconoce que tienen un efecto anestésico.[388]

7.182 Esto, a nuestro entender, demuestra que con independencia del aroma específico del aditivo (clavo de olor o mentol), la característica principal de esos tipos de cigarrillos sigue siendo la misma: contienen un aditivo que en lo fundamental imparte un aroma al cigarrillo y reduce la aspereza del

---

[384] Por lo que respecta al uso de la expresión "cigarrillos ordinarios" véase *supra*, sección B, iii), párrafo 7.8.

[385] Destacamos que nos estamos refiriendo a los cigarrillos de clavo de olor importados. Indonesia sostiene que antes de la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) había un cigarrillo aromatizado con clavo de olor nacional ("A touch of clove") que la empresa Nat Sherman vendía en los Estados Unidos. Aduce que el "Touch of clove" de Nat Sherman no contenía clavo de olor natural; más bien, contenía cristales de clavo de olor en el filtro para producir un aroma de clavo de olor artificial. (Primera comunicación escrita de Indonesia, nota 24.) En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos explican que ese tipo de cigarrillo se hacía "con aroma de clavo de olor en el filtro, y no con clavos de olor mezclados en el tabaco" (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 28 a) del Grupo Especial, párrafo 66).

[386] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 171.

[387] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 162.

[388] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 55.

tabaco. Refuerzan ese hecho las supuestas propiedades adormecedoras tanto del clavo de olor como del mentol. Consideramos que esas similitudes son muy significativas en el contexto de esta diferencia, habida cuenta de que la finalidad inmediata del artículo 907(a)(1)(A) es regular determinados productos de tabaco con aditivos que les confieren un aroma característico, con el objetivo de salud pública de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Encontramos respaldo para esa conclusión en un estudio de la OMS titulado *The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation* (La base científica de la reglamentación de los productos de tabaco) en el que se indica lo siguiente:

> "Algunos aditivos (mentol en los cigarrillos manufacturados, eugenol en los kreteks [es decir, los cigarrillos de clavo de olor]) se añaden específicamente para reducir la aspereza del humo y permitir que el fumador ingiera más sustancias tóxicas y causantes de dependencia. Muchos fumadores fuman kreteks [es decir, cigarrillos de clavo de olor] y cigarrillos mentolados, que a menudo se comercializan como si fueran menos tóxicos; y los ingredientes añadidos posiblemente contribuyen a la percepción de que los cigarrillos son menos nocivos y dañinos."[389]

7.183 En lo tocante a la toxicidad, cabe señalar que todos esos cigarrillos son dañinos para la salud y pueden causar la muerte. Ambas partes coincidieron inicialmente en que su toxicidad relativa no era objeto de esta diferencia. Sin embargo, parece que los Estados Unidos han modificado su posición en su segunda comunicación escrita, en la que mantienen que determinados aditivos que contienen los cigarrillos de clavo de olor, como el eugenol y la cumarina, son dañinos para la salud.

7.184 Pese a ello, las pruebas presentadas por los Estados Unidos que sugieren que la presencia de eugenol y cumarina en los cigarrillos de clavo de olor los hace más dañinos para la salud no nos lleva a una conclusión distinta en términos de toxicidad. Con independencia de si el eugenol y la cumarina podrían supuestamente causar más problemas para la salud, la razón principal por la que los cigarrillos crean riesgos para la salud es la inhalación de sustancias quemadas que pueden causar distintos tipos de cáncer, distintos tipos de enfermedades cardiovasculares y varias enfermedades y daños del sistema respiratorio, entre otras cosas.[390]

7.185 Aparte de los supuestos efectos dañinos de los aditivos, los Estados Unidos aducen que "los cigarrillos de clavo de olor, comparados con los cigarrillos convencionales (mentolados u ordinarios) aportan más alquitrán, nicotina y monóxido de carbono en condiciones de pruebas realizadas con máquinas fumadoras".[391] Sostienen, además, que algunos estudios indican que las personas inhalan más profundamente cuando fuman cigarrillos de clavo de olor, lo que aumenta la cantidad de nicotina extraída de cada cigarrillo, haciendo que el fumador absorba concentraciones comparables de nicotina en la sangre a pesar de que los cigarrillos de clavo de olor contienen menos nicotina por cigarrillo que las marcas convencionales.[392] Indonesia lo niega, aduciendo que el estudio

---

[389] Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113), página 11.

[390] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 6 y 57; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 14.

[391] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 38 del Grupo Especial.

[392] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 40, donde se citan investigaciones científicas en las que, utilizando análisis convencionales mediante máquinas fumadoras, se ha constatado que los cigarrillos de clavo de olor producen más nicotina, alquitrán y monóxido de carbono que los cigarrillos convencionales. "Alternative Cigarettes May Deliver More Nicotine Than Conventional Cigarettes" (Estados Unidos - Prueba documental 42); véase también "CDC Article Regarding Epidemiology and Illnesses Possibly Associated with Cloves" ("Exposure to tar, nicotine and carbon monoxide is higher from clove cigarettes than from regular American cigarettes.") (Estados Unidos - Prueba documental 37); Malston, y otros, "Clove Cigarette Smoking: Biochemical, Physiological, and Subjective Effects", Pharmacology Biochemistry and

de Malston[393] reconoció que las estimaciones derivadas de pruebas realizadas con máquinas fumadoras no son indicadores fiables de la aportación de esos productos, y que, por el contrario se centró en pruebas clínicas realizadas con personas que demuestran que los cigarrillos de clavo de olor producen aumentos idénticos del ritmo cardiaco, la tensión arterial, los niveles plasmáticos de nicotina y el monóxido de carbono exhalado.[394]

7.186 A nuestro juicio, este debate sobre los efectos adicionales de los cigarrillos de clavo de olor no modifica sustancialmente la conclusión de que dichos cigarrillos y los cigarrillos mentolados son dañinos para la salud por la misma razón: la inhalación de sustancias quemadas. Como se indica más arriba, las partes convienen en que los cigarrillos son, en general, dañinos para la salud de las personas y pueden causar cáncer y varias enfermedades cardiovasculares y del sistema respiratorio.[395]

7.187 Constatamos, por consiguiente, que en términos generales las propiedades físicas de ambos grupos de cigarrillos son similares. Ello se debe a que sus principales características en cuanto que cigarrillos son similares, es decir, que tienen tabaco como principal ingrediente, y un aditivo que imparte un sabor y aroma característico y reduce la aspereza del tabaco. Nos parece útil la orientación dada por el Órgano de Apelación en *CE - Amianto,* en el que el Órgano de Apelación mantuvo que el *grado o la medida en que los productos deben tener cualidades o características comunes* es una indagación pertinente en el marco de la "prueba de la similitud".[396] Así pues, no es preciso que los productos sean *idénticos* en todos sus aspectos.

7.188 Esta conclusión se reafirma si se tiene en cuenta la medida en litigio, el artículo 907(a)(1)(A), que es un reglamento técnico con la finalidad inmediata de regular los cigarrillos con un aroma característico. En ese contexto nos parece pertinente que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados tengan en gran medida propiedades físicas comunes, ya que ambos contienen tabaco y *un aditivo* que les confiere un *aroma característico*.

7.189 Recordamos que los Estados Unidos nos han pedido que al analizar la similitud tengamos en cuenta el objetivo de salud del artículo 907(a)(1)(A). Como ya hemos explicado, convenimos en que el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, que subyace en la adopción del artículo 907(a)(1)(A), debe tenerse en cuenta en nuestro análisis. Concretamente, el artículo 907(a)(1)(A) prohíbe la presencia de aromas característicos en los cigarrillos por motivos de salud. Ello respalda nuestra conclusión de que la presencia tanto en los cigarrillos de clavo de olor como en los cigarrillos mentolados, de aditivos que les confieren aromas característicos debe pesar mucho en nuestro análisis de la similitud.

7.190 A pesar de la conclusión arriba expuesta, ponderaremos esas similitudes y diferencias entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados contrastándolas con todas las pruebas sobre los demás criterios de "similitud" para llegar a una determinación *global* de si los productos en cuestión pueden caracterizarse como "similares".[397] Por consiguiente, ponderaremos las pruebas presentadas en relación con este primer criterio contrastándolas con los *usos finales* a los que los productos pueden dedicarse y las *percepciones de los consumidores* con respecto a esos productos. En otras palabras, examinaremos las pruebas sobre las propiedades físicas de los cigarrillos de clavo de olor y mentolados contrastándolas con "primero, la medida en que los productos pueden cumplir las mismas,

---

Behavior 74(3): 739-45 (febrero de 2003), http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12543240 (Estados Unidos - Prueba documental 44).

[393] Estados Unidos - Prueba documental 44, citado en la segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 53.

[394] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 54.

[395] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 6 y 57; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 14.

[396] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 92.

[397] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 109.

o análogas, funciones (usos finales), y segundo, la medida en que los consumidores están dispuestos a utilizar los productos para que cumplan esas funciones (gustos y hábitos del consumidor).[398]

Los usos finales de los productos

7.191 El Órgano de Apelación ha definido este criterio como "la medida en que los productos pueden cumplir las mismas, o análogas, funciones (usos finales)".[399] En el contexto de un análisis del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Órgano de Apelación ha resuelto que el criterio del uso final comprende algunos de los elementos esenciales de la relación de competencia entre los productos en "la medida en que los productos pueden cumplir las mismas, o análogas, funciones (usos finales)". El Órgano de Apelación ha observado que "las pruebas de este tipo son de particular importancia en el marco del artículo III del GATT de 1994, precisamente porque esa disposición se refiere a las relaciones de competencia en el mercado. Si no hay -o puede haber- una relación de competencia entre los productos, un Miembro no puede intervenir, mediante reglamentos o impuestos interiores, para proteger la producción nacional". Por consiguiente, a juicio del Órgano de Apelación, las pruebas acerca de la medida en que los productos pueden utilizarse para los mismos usos finales son sumamente pertinentes para un análisis de la similitud en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[400] Lo que el Grupo Especial ha de determinar es si esto es igualmente aplicable en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Como hemos explicado antes, no estamos convencidos de que un análisis basado fundamentalmente en la competencia sea siempre el planteamiento más adecuado para analizar la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.192 El Órgano de Apelación ha advertido a los grupos especiales que no confundan el análisis del criterio de uso final con el análisis de las características físicas de los productos[401] y el de los gustos y hábitos de los consumidores. Con respecto a estos últimos, el Órgano de Apelación ha explicado que los usos finales afectan a la medida en que dos productos pueden desempeñar las mismas funciones, mientras que los gustos y hábitos de los consumidores afectan a "la medida en que los consumidores están dispuestos a utilizar los productos para que cumplan esas funciones".[402]

7.193 Como explicó el Órgano de Apelación, "sólo formándose el cuadro completo de los distintos usos finales de un producto, puede evaluar un grupo especial la importancia del hecho de que los productos compartan un número limitado de usos finales".[403]

7.194 El Órgano de Apelación ha resuelto que las pruebas sobre los usos finales (y las preferencias de los consumidores) de los productos son especialmente pertinentes en los casos en que las pruebas relativas a las propiedades, naturaleza y calidad de los productos indican que los productos en cuestión son físicamente muy distintos.[404] No creemos que así sea en la presente diferencia.

7.195 El argumento de Indonesia sobre el criterio de uso final es más bien sucinto: "el uso final de todos los cigarrillos, incluidos los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados, es el mismo, a saber, se usan para fumar tabaco".[405] Los Estados Unidos, sin embargo, sostienen que los cigarrillos tienen en realidad varios usos finales, y no se utilizan exclusivamente para "fumar tabaco". A su juicio, los cigarrillos tienen en los Estados Unidos al menos otros dos usos finales, para los que los cigarrillos de

[398] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.
[399] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.
[400] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.
[401] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 111.
[402] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.
[403] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 119.
[404] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 118.
[405] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 59. Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 78.

clavo de olor, los mentolados y los de tabaco se utilizan en distinto grado[406]: i) el uso final de satisfacer una adicción a la nicotina[407], y ii) el uso final de crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo.[408] Los Estados Unidos añaden que "el uso habitual y el uso ocasional de cigarrillos pueden describirse como diferentes 'usos finales' en los Estados Unidos".[409] Aducen, además, que su "mercado ordinario" ha estado dominado por los cigarrillos aromatizados con tabaco y mentol. Además de ese mercado, hay un "mercado de cigarrillos ocasionales", compuesto por cigarrillos que se fuman menos, y que tratan de atraer a fumadores primerizos y a fumadores jóvenes habituales creando la impresión de una experiencia "especial" o "complaciente".

7.196 Indonesia niega que la aportación de nicotina sea un uso final distinto, y considera que es consecuencia del uso final de fumar tabaco, ya que todos los productos de tabaco contienen nicotina.[410] En cualquier caso, aduce, los Estados Unidos no han demostrado que los usos finales de los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos aromatizados con mentol o tabaco son distintos. Por lo que respecta al uso final de satisfacer una adicción a la nicotina sugerido por los Estados Unidos, Indonesia sostiene que los tres tipos de cigarrillos en cuestión aportan nicotina cuando se fuman, y que la cantidad de nicotina que aporta un cigarrillo está determinada por la cantidad de humo que se extrae de él.[411] Indonesia explica, además, que i) los fumadores se exponen a cuanto humo sea necesario para obtener una cantidad específica, satisfactoria, de nicotina[412], y ii) los propios Estados Unidos han presentado un estudio que demuestra que los niveles de nicotina en la sangre y el ritmo cardiaco de los sujetos eran exactamente iguales después de fumar un cigarrillo de clavo de olor o un cigarrillo ordinario.

7.197 Por lo que respecta al segundo uso final propuesto por los Estados Unidos, "proporcionar una experiencia agradable", Indonesia aduce que no se trata de un uso final, sino de la conducta de un consumidor. Hace referencia al informe del Órgano de Apelación sobre *CE - Amianto*[413], en el que se aclara que el uso final afecta a la medida en que dos productos pueden desempeñar las mismas funciones, mientras que los gustos y hábitos de los consumidores afectan a la medida en que éstos están dispuestos a utilizar los productos para que cumplan esas funciones. A juicio de Indonesia, las observaciones de los Estados Unidos relativas al atractivo de los aromas conciernen más a los gustos y hábitos de los consumidores que a los usos finales.

7.198 A nuestro juicio, el sucinto y directo argumento de Indonesia es correcto: el uso final de un cigarrillo es ser fumado.[414] Consideramos que los usos finales alegados por los Estados Unidos conciernen más bien a los efectos resultantes del fumar. La gente fuma cigarrillos por muchas razones; podríamos, desde luego, incluir las dos mencionadas por los Estados Unidos. Ello, sin embargo, no significa que los cigarrillos tengan varios usos finales. Por ejemplo, el uso final consistente en satisfacer una adicción a la nicotina propuesto por los Estados Unidos representa una afirmación circular. En efecto, los fumadores se hacen adictos a la nicotina como consecuencia de

---

[406] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 179.
[407] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 180.
[408] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 181.
[409] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 41 del Grupo Especial.
[410] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 78.
[411] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 107. Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 78 y 79.
[412] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 79, donde se hace referencia a CDC, "The Health Consequences of Smoking - Nicotine Addiction a Report of the Surgeon General", 1998 (Indonesia - Prueba documental 84).
[413] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.
[414] Observamos que los Grupos Especiales encargados de los asuntos *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos* y *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)* también concluyeron que el uso final de los cigarrillos es ser fumados/fumar. Informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 7.330. Informe del Grupo Especial, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 7.441.

fumar cigarrillos. En cuanto al segundo uso final propuesto por los Estados Unidos, "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo", aun suponiendo, a efectos de argumentación, que fumar algunos tipos de cigarrillos sea una experiencia más agradable que fumar otros tipos de cigarrillos, esto no modifica el hecho de que el uso final de esos productos sea el mismo, es decir, ser fumados. En cualquier caso, como hemos dicho antes, tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados contienen nicotina, y ambos contienen aditivos que enmascaran la aspereza del tabaco.

7.199 Por tanto, nuestra conclusión en el marco de este criterio es que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados tienen el mismo uso final, es decir, ser fumados.

Gustos y hábitos de los consumidores por lo que respecta a los productos

7.200 En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación definió las "preferencias de los consumidores" como "la medida en que los consumidores están -o estarían- dispuestos a elegir un producto en lugar de otro para tales usos finales".[415] La pregunta obvia sería, aparentemente, en qué medida los fumadores están, o estarían, dispuestos a escoger los cigarrillos de clavo de olor con preferencia a los cigarrillos mentolados, para el mismo uso final, es decir, para fumar.

7.201 No obstante, si examinamos este criterio a la luz de la finalidad inmediata del artículo 907(a)(1)(A) de regular el contenido de los cigarrillos con el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, la pregunta tal vez tendría que formularse de otra manera. En efecto, como explicaremos con más detalle cuando examinemos la alegación de Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, el artículo 907(a)(1)(A) responde a una decisión de los Estados Unidos de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Esto lleva a preguntarse cuáles son los consumidores cuyos gustos y hábitos tenemos que examinar: ¿todos los fumadores en los Estados Unidos?; ¿sólo los fumadores jóvenes?; ¿los posibles consumidores, es decir, jóvenes que todavía no fuman y aquellos que lo hacen esporádicamente y todavía no son adictos?

7.202 Hemos preguntado a las partes qué consumidores debemos tener en cuenta en nuestro examen, y sus respuestas difieren. **Indonesia** opina que los consumidores pertinentes a efectos del análisis de la similitud son los fumadores, sin análisis por grupos de edad.[416] Aduce, no obstante, que si el Grupo Especial decide realizar un análisis por grupos de edad, los grupos adecuados serían "los jóvenes" (menores de 18 años) y "los adultos" (18 años y más).[417] A su juicio, la población joven "prefumadora" no debe incluirse entre los consumidores pertinentes a efectos del análisis de la similitud.[418]

7.203 Los **Estados Unidos** consideran que los consumidores pertinentes son todos los fumadores actuales y posibles en los Estados Unidos, y define a los "posibles" consumidores como jóvenes en la etapa de iniciación. Ese informe también sugiere que se lleve a cabo una nueva evaluación con respecto al contrabando de cigarrillos mentolados y recomienda que se realicen investigaciones adicionales con objeto de colmar las lagunas en la comprensión de las cuestiones relativas a los cigarrillos mentolados y la salud pública.[419]

7.204 Nuestra primera opción es, por tanto, considerar que los consumidores pertinentes son los fumadores. Si decidimos ceñirnos a esa opción, lo siguiente que hay que preguntarse es si debemos

[415] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.
[416] Respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 22.
[417] Respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 23.
[418] Respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 24.
[419] Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 17.

tener en cuenta el mercado estadounidense de cigarrillos pertinente en general, o si debemos centrarnos en segmentos específicos del mercado sobre la base de una diferenciación por edades. Esta cuestión parece ser especialmente importante porque el objetivo declarado del artículo 907(a)(1)(A) es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.

7.205 La segunda opción consiste en considerar como consumidores pertinentes a la población joven "prefumadora" -en otras palabras, los jóvenes que todavía no han empezado a fumar pero podrían experimentar con cigarrillos-. Esta opción es coherente con el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) -es decir, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes- porque el grupo que entendemos está sujeto al reglamento es el de los jóvenes que están empezando o podrían empezar a fumar.

7.206 A nuestro entender, el objetivo legítimo del reglamento técnico en litigio, el artículo 907(a)(1)(A), es decir, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, delimita el alcance de los consumidores cuyos gustos y hábitos debemos examinar conforme a este criterio, tanto más cuanto que tenemos que examinar cómo perciben los consumidores los cigarrillos en cuestión. La finalidad de la medida es impedir que los jóvenes se hagan fumadores y disuadir de fumar a quienes actualmente son fumadores esporádicos de ese tipo de cigarrillos más atractivos. Por tanto, nos parece evidente que al examinar ese criterio hemos de tener en cuenta a los jóvenes. Coincidimos además con los Estados Unidos en que también debemos tener en cuenta a los posibles consumidores, es decir, a los jóvenes que todavía no fuman o que lo hacen esporádicamente y por lo tanto no sufren adicción.

7.207 Recordamos que, según el Órgano de Apelación, una determinación de la "similitud" con arreglo al párrafo 4 del artículo III es, en virtud del principio general establecido en el párrafo 1 del artículo III de 1994, una determinación global de la medida de una relación de competencia entre dos o más productos. A juicio del Órgano de Apelación, las preferencias de los consumidores, en la medida en que afecten a la "relación de competencia" entre los productos en el mercado, deben tenerse en cuenta. Como hemos dicho antes, no creemos que la jurisprudencia basada en la competencia deba transponerse automáticamente a un análisis de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Creemos, no obstante, que en anteriores análisis en el marco del artículo III del GATT de 1994 podemos encontrar alguna orientación útil para analizar las preferencias de los consumidores.

7.208 Recordamos que, en *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación rechazó el argumento del Canadá de que los gustos y hábitos de los consumidores carecían de pertinencia en aquella diferencia porque "la existencia de la medida ha perturbado las condiciones normales de competencia entre los productos".[420] Cuando obstáculos reglamentarios al comercio o a la competencia han influido en el mercado, los Miembros aun así tienen que analizar los gustos y hábitos de los consumidores, tal vez presentando pruebas de las posibilidades de sustitución por un tercer mercado pertinente, o pruebas de una demanda latente, o suprimida, de los consumidores en ese mercado.[421] Parece, por tanto, que la relación de competencia, en la medida en que esté distorsionada por las propias medidas en litigio, podría tenerse en cuenta, siempre que se explique y analice. En otras palabras, la prueba de la "similitud" tiene por objeto determinar si normalmente cabría esperar que los productos a comparar mantendrían una fuerte relación de competencia, y los factores que en la práctica distorsionan esa relación prevista, como una medida en litigio, pueden tenerse en cuenta (mientras que la subsiguiente prueba de "trato menos favorable" determinaría si las medidas realmente han afectado desfavorablemente a esa relación de competencia, en detrimento de los productos importados). La prohibición impuesta conforme al artículo 907(a)(1)(A), que elimina los cigarrillos de clavo de

[420] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 123.
[421] El Órgano de Apelación hizo referencia a su resolución en *Corea - Bebidas alcohólicas*. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 123.

olor del mercado de los Estados Unidos, constituye evidentemente una distorsión de las relaciones de competencia en el mercado, ya que suprime la competencia.

7.209 Habida cuenta de ello, observamos que las pruebas sobre las preferencias de los consumidores presentadas por las partes pueden no proporcionar una orientación clara a este respecto. Por un lado, Indonesia aduce que "se sabe que los fumadores cambian entre cigarrillos de clavo de olor, mentolados y de tabaco, lo que demuestra que de hecho están sustituyendo voluntariamente los productos para cumplir el mismo fin de fumar".[422] Posteriormente, Indonesia afirma que "casi un 90 por ciento de los fumadores jóvenes (menos de 18 años de edad) no usa cigarrillos de clavo de olor".[423] Los Estados Unidos, por otro lado, sostienen en su primera comunicación escrita que los cigarrillos de clavo de olor son especialmente atractivos para los jóvenes, mientras que los adultos prefieren fumar habitualmente cigarrillos mentolados y de tabaco.[424] En su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos centran su argumentación en el hecho de que "los jóvenes que se encuentran en la etapa de iniciación son fascinados por las atractivas características físicas de los cigarrillos de clavo de olor, y no los consideran intercambiables con los cigarrillos mentolados o de tabaco".[425]

7.210 Observamos que ambas partes, en apoyo de sus argumentos, se remiten a una serie de encuesta sobre las pautas de consumo de tabaco en los Estados Unidos.[426] Esos estudios, sin embargo, no emplean los mismos parámetros de investigación. De hecho, examinan distintos grupos de edad[427], hacen preguntas distintas[428] y se basan en distintos planteamientos metodológicos.[429] Así pues, dado que la información derivada de las distintas encuestas presentadas por las partes no es directamente comparable, estimamos que no podemos basarnos en la que proporcionan sobre cuota de mercado a efectos de analizar el criterio de los gustos y hábitos de los consumidores.[430]

---

[422] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 82.

[423] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 84.

[424] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 185.

[425] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 114.

[426] Indonesia se remite a las siguientes encuestas: a) *National Survey on Drug Use and Health* de 2007 (Indonesia - Prueba documental 3); b) *Western Watts Survey* (Indonesia - Prueba documental 26); c) M*onitoring the Future Survey* (Indonesia - Prueba documental 33); y d) una encuesta telefónica realizada por la *Opinion Research Corporation* (Indonesia - Prueba documental 34). Los Estados Unidos, por su parte, basan sus argumentos en las siguientes encuestas: a) *National Survey on Drug Use and Health*, 2002 y 2003 (Estados Unidos - Prueba documental 53; y b) *National Tobacco Survey* (Estados Unidos - Prueba documental 53).

[427] Por ejemplo, la Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud de 2007, utilizado por Indonesia, examina el uso de cigarrillos de clavo de olor, mentolados y ordinarios por jóvenes de menos de 18 años de edad y por adultos, mientras que las Encuestas nacionales sobre el uso de drogas y la salud de 2002 y 2003 a que se remiten los Estados Unidos reúne información sobre consumo de cigarrillos por dos grupos de edad principales: a) 12-25 años y b) más de 26 años.

[428] Por ejemplo, una de las preguntas que figuran en la encuesta Western Watts presentada por Indonesia es "¿qué tipo de cigarrillo fuma Vd. *más frecuentemente*?" (sin cursivas en el original), mientras que la Encuesta nacional sobre el consumo de tabaco entre los jóvenes presentada por los Estados Unidos pregunta sobre el uso de cigarrillos de clavo de olor y mentolados a lo largo de los últimos 30 días.

[429] La Prueba documental 55 presentada por los Estados Unidos demuestra que las diferencias metodológicas entre la Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud y la encuesta Vigilancia del futuro repercuten en sus resultados. La principal diferencia es el objetivo de cada encuesta; mientras que la encuesta Vigilancia del futuro se centra en los jóvenes, la Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud abarca una población más amplia. Cabe señalar también otras diferencias, entre ellas: a) distintas tasas de respuesta; b) errores de muestreo; c) el efecto de distintos períodos de tiempo; d) la distinta redacción de las preguntas; e) la diferencia en el procesamiento de los datos; y f) el distinto entorno de las entrevistas.

[430] Observamos que la información sobre cuota de mercado presentada por Indonesia presupone que el mercado comprende los cigarrillos fumados en los Estados Unidos, que incluyen, como mínimo, los cigarrillos de clavo de olor, los mentolados y los ordinarios. Por tanto, si deseamos comparar las fluctuaciones en las

7.211 Dicho esto, observamos que el Órgano de Apelación ha afirmado que "las pruebas acerca de ... la medida en que los consumidores están -o estarían- dispuestos a elegir un producto en lugar de otro para tales usos finales, son sumamente pertinentes para apreciar la 'similitud' de [ ] productos".[431] Por tanto, un análisis de las preferencias de los consumidores requeriría determinar la posibilidad de sustitución de un producto por otro. El concepto de *sustituibilidad* y de lo *sustituible* (implícito en la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994) se basa en la posibilidad de que un consumidor sustituya algo por otra cosa. Por tanto, no es necesaria una *sustitución* real o actual; por el contrario, el concepto parece más bien reflejar "la medida en que los consumidores están ... *dispuestos* a utilizar los productos para que cumplan esas funciones".[432]

7.212 Recordamos asimismo que, como ha reconocido el Órgano de Apelación, "existe un espectro de grados de 'competencia' o 'posibilidad de sustitución' entre productos ofrecidos en el mercado, y ... es difícil, si no imposible, indicar en abstracto precisamente en qué lugar de ese espectro se sitúa el término 'similares' del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994".[433] Sin embargo, el Órgano de Apelación también afirmó que "no estamos afirmando que *todos* los productos que se encuentran en *alguna* relación de competencia son 'productos similares' en el sentido del párrafo 4 del artículo III".[434]

7.213 Cabe encontrar un ejemplo que puede servir para ilustrar esta cuestión en la siguiente analogía, basada en la presentada por Indonesia[435] en relación con Coca Cola y Pepsi. En principio, los consumidores de Coca Cola son muy fieles a ese refresco. Sin embargo, si un consumidor de Coca Cola toma un vuelo de Virgin, podría *sustituir* la Coca Cola por Virgin Cola, aunque no sería su opción preferida, ya que sólo se le ofrecería Virgin Cola. Esto significa que para ese consumidor esos productos son en cierta medida sustituibles. Una situación similar podría ser posible en el contexto de los cigarrillos. Los fumadores son muy leales a su marca, pero si no hay posibilidad de conseguir cigarrillos de esa marca, lo probable es que fumen lo que puedan encontrar. Pese a ello, preguntamos a las partes acerca de la pertinencia de la lealtad a la marca en nuestro análisis de la similitud en el marco de este criterio, y su respuesta fue que no era pertinente. A ese respecto, los Estados Unidos aducen que en la presente diferencia la lealtad a la marca no es significativa para el análisis de la similitud.[436] Según Indonesia, dado que los consumidores están dispuestos a sustituir unos por otros los aromas de los cigarrillos de clavo de olor, mentolados y de tabaco, la lealtad a la marca no impide que esos cigarrillos sean sustituibles.[437]

7.214 En nuestra opinión, procede examinar la sustituibilidad de los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados desde la perspectiva del grupo de consumidores pertinente, el cual, como hemos explicado más arriba, comprende los fumadores jóvenes y quienes están listos para convertirse en fumadores. Cabe aducir que para ellos es probable que cualquier cigarrillo les serviría para empezar a fumar. Observamos que, como se explica con más detalle *infra*, las pruebas presentadas por las partes demuestran que los cigarrillos aromatizados, categoría que incluye tanto los mentolados como los de clavo de olor, son especialmente atractivos para los jóvenes. Por tanto, a efectos de determinar cómo perciben los jóvenes los cigarrillos y si estarían dispuestos a reemplazar o sustituir

---

cuotas de mercado de únicamente los cigarrillos de clavo de olor frente a los cigarrillos mentolados, esa información podría no ser fiable.

[431] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.

[432] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117 (sin cursivas en el original).

[433] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99.

[434] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99.

[435] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 83.

[436] Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 93 del Grupo Especial, párrafo 21.

[437] Observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 93 del Grupo Especial, párrafo 39.

uno u otro cigarrillo para empezar a fumar, consideramos pertinente el hecho de que ambos tipos de cigarrillos sean atractivos para los jóvenes.

7.215 Recordamos la explicación de la finalidad del artículo 907(a)(1)(A) que figura en el informe de la Cámara sobre la FSPTCA[438], que dice así: "en consonancia con la finalidad global del proyecto de ley de proteger la salud pública, entre otras cosas reduciendo el número de niños y adolescentes que fuman cigarrillos, [el artículo 907(a)(1)(A)] tiene por objeto prohibir la fabricación y venta de cigarrillos con determinados 'aromas característicos' que atraen a los jóvenes".[439]

7.216 Además, conforme a las Orientaciones de la FDA[440], en las que se explican los motivos de la prohibición de los cigarrillos con aromas característicos impuesta por el artículo 907(a)(1)(A), "los productos aromatizados, además de ser más atractivos para los jóvenes, hacen más fácil que los nuevos fumadores empiecen a fumar, ya que enmascaran el aroma desagradable del tabaco. Determinados estudios también han demostrado que los jóvenes creen que los productos de tabaco aromatizados son más inocuos que los productos de tabaco no aromatizados".[441]

7.217 Las pruebas presentadas por las partes también demuestran que los dos tipos de cigarrillos en cuestión, debido precisamente a su aroma característico, que ayuda a enmascarar la aspereza del tabaco, atraen a los jóvenes y son mejores vehículos que los cigarrillos ordinarios para que los jóvenes empiecen a fumar.

7.218 Por ejemplo, el estudio de la OMS titulado *The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation* (La base científica de la reglamentación de los productos de tabaco), presentado por los Estados Unidos, indica que "estudios basados en documentos internos de la industria tabacalera sugieren que los agentes aromatizantes también pueden desempeñar un papel importante en la especial atención prestada por esa industria a los fumadores jóvenes y no experimentados".[442] Ese estudio también indica que "el mentol se ha utilizado para atraer a nuevos fumadores de distintos grupos étnicos".[443]

7.219 El estudio titulado *Tobacco Policy Trend Alert on the Marketing of Candy-Flavored Cigarettes* (Alerta sobre la evolución de las prácticas en materia de tabaco - La comercialización de cigarrillos con aroma de caramelo), presentado por los Estados Unidos, concluye que "... los números y los documentos de la industria indican claramente que los cigarrillos aromatizados atraen a los fumadores jóvenes y, combinados con la publicidad de esos productos por parte de las empresas tabacaleras, tienen por objetivo los menores de edad".[444]

7.220 Recordamos que el estudio de la OMS titulado *The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation* explica la manera en que el mentol y el eugenol derivados de los clavos de olor se añaden a los cigarrillos "específicamente para reducir la aspereza del humo y permitir que el fumador ingiera más sustancias tóxicas y causantes de dependencia". En el Estudio también se hace hincapié en que los cigarrillos mentolados y de clavo de olor a menudo se comercializan como si fueran menos

[438] Véanse los párrafos 2.6 y 2.7 *supra*.
[439] Estados Unidos - Prueba documental 67.
[440] Véanse los párrafos 2.8-2.11 *supra*.
[441] Orientaciones, respuesta a la pregunta 1 (Indonesia - Prueba documental 41). Véase también *FDA Advisory* - "Flavored Tobacco Products; What you need to know" (Indonesia - Prueba documental 25).
[442] Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113, página 26).
[443] Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113, página 26).
[444] American Lung Association, "Tobacco Policy Trend Alert, From Joe Camel to Kauai Kolada - The Marketing of Candy-Flavored Cigarettes" (julio de 2005, actualizado en mayo de 2006) (Estados Unidos - Prueba documental 35), página 7.

tóxicos, y se concluye que "los ingredientes añadidos posiblemente contribuyen a la percepción de que los cigarrillos son menos nocivos y dañinos".[445]

7.221 Es interesante destacar que el informe de la Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud, de los Estados Unidos, titulado "*Use of Menthol Cigarettes*" (Consumo de cigarrillos mentolados), presentado por Indonesia, indica que: "el mentol puede enmascarar la aspereza del humo de los cigarrillos y de ese modo hacer más fácil que los adolescentes empiecen a fumar".[446] Esa es también la conclusión a la que se llega en la publicación *Tobacco Policy Trend Alert on the Marketing of Candy-Flavored Cigarettes* presentada por los Estados Unidos, arriba citada, en la que se concluye que "debido a su efecto refrescante en la boca y la garganta, el mentol contribuyó a enmascarar la aspereza del humo de los cigarrillos".[447]

7.222 Además, en un artículo publicado en una revista médica especializada titulado *Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects* (Cigarrillos de clavo de olor: los motivos de preocupación con respecto a los efectos sobre la salud), presentado por los Estados Unidos, se indica que "los cigarrillos de clavo de olor atraen a los adolescentes que experimentan con el tabaquismo y pueden influir en el desarrollo de posteriores hábitos de fumar".[448]

7.223 Además, el informe de marzo de 2011 del TPSAC a la FDA[449] corrobora nuestra opinión de que los cigarrillos mentolados son especialmente atractivos para los jóvenes.

---

[445] Véase la cita completa en el párrafo 7.182 *supra*.

[446] *Use of Menthol Cigarettes*, "The National Survey on Drug Use and Health Report", 19 de noviembre de 2009 (Indonesia - Prueba documental 66), página 1.

[447] *American Lung Association*, "Tobacco Policy Trend Alert, From Joe Camel to Kauai Kolada - The Marketing of Candy-Flavored Cigarettes" (julio de 2005, actualizada en mayo de 2006) (Estados Unidos - Prueba documental 35), página 5.

[448] Guidotti, et al, "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects". *The Western Journal of Medicine* (agosto de 1989) (Estados - Prueba documental 38), página 1.

[449] Como se explica en el párrafo 2.23, la FSPTCA encomendó al TPSAC que presentara a la FDA un informe sobre los efectos en la salud pública de los cigarrillos mentolados. El informe de marzo de 2011 del TPSAC se entregó a la FDA el 18 de marzo de 2011. El informe indicaba, entre otras cosas, que "los cigarrillos mentolados son especialmente populares entre los fumadores más jóvenes", y contenía la siguiente recomendación global a la FDA: "la eliminación de los cigarrillos mentolados del mercado obraría en beneficio de la salud pública en los Estados Unidos". Informe de marzo de 2011 del TPSAC, páginas 36 y 208 disponible en http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm, consultado el 10 de mayo de 2011. A la luz de las conclusiones del informe de marzo de 2011 del TPSAC, el Grupo Especial pidió o preguntó a las partes: i) si la recomendación arriba mencionada que figuraba en el informe de marzo de 2011 del TPSAC era pertinente para la diferencia; ii) cuál era la pertinencia del informe de marzo de 2011 del TPSAC para la determinación de si los cigarrillos aromatizados con mentol son "similares" a los cigarrillos de clavo de olor; iii) que hicieran observaciones sobre la importancia, en relación con la diferencia, de las pruebas concernientes a la tasa de cigarrillos mentolados fumados por jóvenes presentadas en el informe de marzo de 2011 del TPSAC; y iv) si el Grupo Especial podía realizar una "evaluación objetiva" del asunto que se le había sometido con arreglo al artículo 11 del ESD sin tener en cuenta el informe de marzo de 2011 del TPSAC. Según los Estados Unidos: i) la recomendación es, como máximo, marginalmente pertinente por lo que respecta a las cuestiones objeto de la diferencia (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 10); ii) cualquier pertinencia del informe de marzo de 2011 del TPSAC para la comparación del "producto similar" en el marco de la diferencia es muy limitada (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 16); iii) los datos que figuran en el informe de marzo de 2011 del TPSAC tienen una pertinencia limitada por lo que respecta a las cuestiones que el Grupo Especial debe resolver (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 21); y iv) el Grupo Especial no estaría actuando de manera incompatible con el artículo 11 del ESD si en su informe no se tuviera en cuenta el informe de marzo de 2011 del TPSAC (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115, párrafo 4). Según Indonesia: i) la recomendación del TPSAC concerniente al mentol no es pertinente para la diferencia (respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial,

7.224 Por ejemplo, el informe de marzo de 2011 del TPSAC concluye que la industria tabacalera desarrolló la comercialización del mentol para atraer a los jóvenes:

> "La sección sobre imágenes juveniles en la comercialización del mentol y los estudios de documentos de la industria descritos en esa sección confirman que la industria desarrolló la comercialización del mentol para atraer a los jóvenes. Esto es especialmente cierto por lo que respecta a la marca Newport, pero otras empresas tabacaleras también adoptaron esa estrategia. Los mensajes de comercialización posicionaron los cigarrillos mentolados como un producto iniciador atractivo para nuevos fumadores que no están acostumbrados al sabor intenso del tabaco y/o a altos niveles de mentol. Los estudios empíricos aportan otras pruebas del objetivo buscado: los jóvenes prestan atención a la publicidad sobre cigarrillos mentolados y se sienten atraídos por ellos. La publicidad de cigarrillos, incluidos los mentolados, tiene mayores efectos en la elección de marca por los adolescentes que por los fumadores adultos."[450]

7.225 El informe de marzo de 2001 del TPSAC también destaca que los cigarrillos mentolados atraen a los jóvenes y a los fumadores recién iniciados debido a sus efectos sensoriales:

> "Las pruebas sugieren que los jóvenes escogen los cigarrillos mentolados, especialmente los de menor aportación de mentol, principalmente porque para fumadores no experimentados resulta más fácil fumar cigarrillos mentolados, y porque consideran que el mentol es menos dañino que los cigarrillos no mentolados ... En conjunto, los diversos elementos de prueba demuestran el atractivo de los cigarrillos mentolados para los jóvenes y los nuevos fumadores debido a sus efectos sensoriales."[451]

7.226 El informe de marzo de 2011 del TPSAC también indica que "hay pruebas suficientes para concluir que es probable que la disponibilidad de cigarrillos mentolados aumente la probabilidad de adicción y el grado de adicción entre los fumadores jóvenes".[452]

7.227 Además, en el capítulo "*Public Health Impact*" (Efectos en la salud pública), el informe de marzo de 2011 del TPSAC concluye, entre otras cosas, que la disponibilidad de cigarrillos mentolados aumenta la iniciación entre los jóvenes, es decir, el número de fumadores, y en consecuencia tiene un efecto negativo para la salud pública en los Estados Unidos:

---

párrafo 1); ii) el informe de marzo de 2001 del TPSAC no es especialmente pertinente por lo que respecta a si los cigarrillos aromatizados con mentol son "similares" a otros cigarrillos aromatizados (respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 4); iii) las pruebas y conclusiones que figuran en el informe de marzo de 2011 del TPSAC son coherentes con hechos destacados por Indonesia en la diferencia (respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 5); y iv) el Grupo Especial puede hacer una "evaluación objetiva" del asunto que se le ha sometido sin tener en cuenta el informe de marzo de 2011 del TPSAC (respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 6).

[450] Informe de marzo de 2001 del TPSAC, página 66, disponible en http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm, consultado el 22 de abril de 2011.

[451] Informe de marzo de 2001 del TPSAC, página 103, disponible en http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm, consultado el 22 de abril de 2011.

[452] Informe de marzo de 2001 del TPSAC, página 199, disponible en http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm, consultado el 22 de abril de 2011.

> "El TPSAC sí concluye que la disponibilidad de cigarrillos mentolados ha dado lugar a un aumento del número de fumadores, y que ese aumento tiene una repercusión negativa para la salud pública en los Estados Unidos. El TPSAC encontró pruebas de que la disponibilidad de cigarrillos mentolados aumenta la iniciación; particularmente preocupante era la alta tasa de consumo de cigarrillos mentolados entre los jóvenes y la tendencia, a lo largo del último decenio, al aumento del consumo de cigarrillos mentolados entre los de 12 a 17 años de edad, incluso a medida que el consumo de cigarrillos no mentolados disminuye. El TPSAC también ha concluido que es menos probable que los fumadores de cigarrillos mentolados dejen de fumar. Por tanto, la disponibilidad de cigarrillos mentolados aumenta la iniciación y reduce el abandono, aumentando así el número de personas que fuman. Ese aumento del número de fumadores representa un efecto perjudicial para la salud pública de la disponibilidad de cigarrillos mentolados."[453]

7.228 Observamos que por lo que respecta al informe de marzo de 2011 del TPSAC los Estados Unidos reconocen que "el informe ha sido citado en la legislación estadounidense; las partes han hecho referencia a él en sus comunicaciones al Grupo Especial; y los medios de comunicación se hicieron ampliamente eco de su publicación".[454] Opinamos que podemos apoyarnos en el informe de marzo de 2011 del TPSAC para corroborar nuestras constataciones, ya que ello sería compatible con los artículos 11 y 13 del ESD.

7.229 Las *Directrices parciales* de la OMS refuerzan nuestra opinión. En efecto, parece que demuestran que la comunidad científica percibe que los cigarrillos que contienen aditivos que aumentan la palatabilidad, es decir, aquellos a los que el artículo 907(a)(1)(A) se refiere como los que tienen un aroma característico, forman parte de la misma cesta o categoría de cigarrillos que atraen a los consumidores. A ese respecto, las *Directrices parciales* de la OMS aducen que "la reglamentación de los ingredientes encaminada a reducir el atractivo de los productos de tabaco puede contribuir a reducir la prevalencia del tabaquismo y la dependencia del tabaco entre los usuarios nuevos y habituales". Por tanto, recomiendan, entre otras cosas, que "las Partes deberían regular, mediante prohibiciones o restricciones, los ingredientes que pueden utilizarse para aumentar la palatabilidad de los productos de tabaco".[455] Los ingredientes a los que se hace referencia son, entre otros, los utilizados para aumentar la palatabilidad. Entre los ingredientes que aumentan la palatabilidad enumerados en las *Directrices parciales* de la OMS encontramos agentes enmascaradores como el mentol, así como especias y hierbas, incluida la menta, y que podrían comprender el clavo de olor.

7.230 Aparentemente, ambas partes convienen en que las *Directrices parciales* de la OMS pueden ser pertinentes para la diferencia. Inicialmente, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Indonesia adujo que las *Directrices parciales* de la OMS no eran pertinentes por lo que respecta a las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al Grupo Especial.[456] Sin embargo, posteriormente Indonesia matizó su posición aduciendo que las principales constataciones de hecho y las recomendaciones que figuran tanto en las Directrices como en el informe son igualmente aplicables a los cigarrillos aromatizados con clavo de olor y los aromatizados con mentol.[457] Los Estados Unidos adujeron que las *Directrices parciales* de la OMS respaldan el planteamiento reglamentario

[453] Informe de marzo de 2001 del TPSAC, página 204, disponible en http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm, consultado el 22 de abril de 2011.

[454] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 5.

[455] El texto del proyecto de Directriz, que se adoptó sin cambios en la Conferencia de las Partes, puede consultarse en línea en http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/CMCT_COP4_28draft-en.pdf.

[456] Respuesta de Indonesia a la pregunta 19 del Grupo Especial.

[457] Respuesta de Indonesia a la pregunta 97 del Grupo Especial.

estadounidense para la prohibición de los aromas característicos en los cigarrillos.[458] Posteriormente, aclararon que, si bien las *Directrices parciales* de la OMS contienen constataciones fácticas y recomendaciones pertinentes para esta diferencia, esas constataciones no tienen concretamente en cuenta las circunstancias específicas que prevalecen en los Estados Unidos, y en consecuencia no debe considerarse que son igualmente aplicables a todos los aromas o aditivos.[459] Coincidimos con los Estados Unidos en que las *Directrices parciales* de la OMS no son necesariamente de aplicación directa a las necesidades reglamentarias específicas de un país en particular. No obstante, esas Directrices, "basadas en los mejores datos científicos disponibles y en la experiencia de las Partes"[460], demuestran efectivamente la existencia de un consenso creciente entre la comunidad internacional sobre la conveniencia de fortalecer las políticas de control del tabaco mediante una reglamentación del contenido de los productos de tabaco, incluidos los aditivos que aumentan el atractivo y la palatabilidad de los cigarrillos. Así pues, consideramos que las *Directrices parciales* de la OMS corroboran nuestra opinión.

7.231 La conclusión inevitable es que tanto los cigarrillos mentolados como los de clavo de olor atraen a los jóvenes debido a la presencia de un aditivo que les confiere un aroma característico que tiene por efecto enmascarar la aspereza del tabaco. De hecho, los informes, estudios y artículos académicos arriba citados demuestran que a nivel internacional se considera que aditivos como el clavo de olor, el mentol, la vainilla, el chocolate, el café, etc., que confieren a los cigarrillos un determinado aroma característico, aumentan la palatabilidad y, en consecuencia, atraen a los jóvenes. Observamos que los estudios de la OMS y las *Directrices parciales* de la OMS respaldan la opinión de que los jóvenes se sienten atraídos por cigarrillos con aromas que aumentan la palatabilidad, y que los estudios no diferencian entre categorías de aromas en función de si atraen más o menos a los jóvenes; antes bien, se considera que todos ellos atraen a los jóvenes. Esos estudios, por tanto, se basan en la premisa de que por lo general los cigarrillos con aromas característicos o aditivos que aumentan la palatabilidad generalmente atraen a los jóvenes. Dicho simplemente, se percibe que todos esos cigarrillos aromatizados son vehículos para empezar a fumar. Esta opinión es compartida por las Orientaciones de la FDA[461] y, en cierta medida, por las diversas observaciones explicativas sobre las razones subyacentes en la adopción del artículo 907(a)(1)(A) que figuran en el informe de la Cámara.

7.232 Opinamos que los diversos estudios arriba citados y sus conclusiones indican que para los jóvenes los cigarrillos aromatizados, incluidos los aromatizados con clavo de olor o con mentol, son similares. Concluimos, por consiguiente, que muchos de los consumidores a los que afecta el presente caso, es decir, los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes, perciben que los cigarrillos aromatizados con mentol y los aromatizados con clavo de olor son similares por lo que respecta a la finalidad de empezar a fumar.

La clasificación arancelaria de los productos

7.233 El último criterio es el de la clasificación arancelaria de los productos. En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación afirmó que "la clasificación arancelaria refleja claramente las propiedades

[458] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 19 del Grupo Especial.
[459] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 97 del Grupo Especial.
[460] *Directrices parciales* de la OMS, sección 1.1.
[461] Las Orientaciones de la FDA indican, por ejemplo, lo siguiente:
"Determinados estudios también han demostrado que los jóvenes creen que los productos de tabaco aromatizados son más inocuos que los productos de tabaco no aromatizados.
Los cigarrillos aromatizados son tan adictivos y tienen los mismos tipos de efectos nocivos que los cigarrillos corrientes. La eliminación de esos productos aromatizados del mercado es importante porque suprime cierra una vía que los jóvenes pueden utilizar para comenzar a consumir tabaco habitualmente."
Orientaciones de la FDA, página 2.

físicas de un producto".[462] No obstante, aclaró que, incluso cuando la clasificación aduanera de los productos que se comparan es la misma, "esta indicación de 'similitud' no puede ser por sí sola decisiva".[463]

7.234 **Indonesia** sostiene que los cigarrillos de clavo de olor y los producidos en el país tienen la misma clasificación arancelaria internacional al nivel de 6 dígitos[464], la cual indica, en respuesta a una pregunta, es 2402.20.[465] Además, para refutar un argumento presentado por los Estados Unidos, Indonesia aclara que cualquier diferencia en la clasificación arancelaria al nivel de 8 dígitos es irrelevante, ya que en el plano internacional sólo puede compararse la clasificación al nivel de 6 dígitos.[466]

7.235 En su primera comunicación escrita, los **Estados Unidos** no hacen comentarios sobre la afirmación de Indonesia de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos producidos en el país tienen la misma clasificación arancelaria internacional, salvo para indicar que el Órgano de Apelación ha subrayado que la clasificación arancelaria no puede ser por sí sola decisiva.[467] Posteriormente, en su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos aducen que "los cigarrillos de clavo de olor son tratados de manera distinta que todos 'los demás' cigarrillos al nivel de 8 dígitos en la Lista de los Estados Unidos anexa al GATT de 1994".[468]

7.236 Los cigarrillos están clasificados en el Capítulo 24 del Sistema Armonizado, Partida 2402 correspondiente a "Cigarros (puros) (incluso despuntados), cigarritos (puritos) y cigarrillos, de tabaco o de sucedáneos del tabaco". Hemos encontrado 3 códigos al nivel de 6 dígitos del SA pertinentes para los cigarrillos, a saber:

> "240210 Cigarros (puros) (incluso despuntados) y cigarritos (puritos), que contengan tabaco
>
> 240220 Cigarrillos que contengan tabaco
>
> 240290 Los demás"

7.237 Por tanto, la partida al nivel de 6 dígitos para los cigarrillos de clavo de olor, mentolados y ordinarios es 2402.20.

7.238 En relación con la clasificación arancelaria, los Estados Unidos sostienen, además, que el trato impositivo dado a dos productos distintos debe tener muy poca importancia en el análisis del "producto similar" cuando la medida nacional objeto de examen no se ha adoptado con fines impositivos sino con objeto de proteger la salud de las personas.[469] No obstante, en la medida en que sea pertinente, los Estados Unidos observan que aparentemente Indonesia no trata los cigarrillos de clavo de olor "de manera similar" que los cigarrillos mentolados o de tabaco importados a efectos impositivos nacionales.[470]

7.239 No creemos que la política fiscal indonesia sea pertinente para evaluar este criterio. Tenemos que examinar si la clasificación arancelaria de esos tipos de cigarrillos es similar. El Órgano de

---

[462] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 102.
[463] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 146.
[464] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 64.
[465] Respuesta de Indonesia a la pregunta 45 del Grupo Especial, párrafo 98. Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 90.
[466] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 90.
[467] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 168.
[468] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 116.
[469] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 191.
[470] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 192.

Apelación ha indicado en ese sentido que al examinar este criterio los grupos especiales normalmente deben tener en cuenta las nomenclaturas arancelarias basadas en el Sistema Armonizado.[471] Constatamos, a ese respecto, que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados están clasificados en la subpartida 2402.20 del SA.

iv) Conclusión sobre la similitud

7.240 Hemos constatado *supra* que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son físicamente similares, y que ambos incluyen un aditivo que les confiere un aroma característico. También hemos dicho que la presencia de ese aditivo es especialmente pertinente si se examina en el contexto de la finalidad inmediata del artículo 907(a)(1)(A), que es un reglamento técnico encaminado a regular los cigarrillos que incluyen esos aditivos.

7.241 También hemos constatado que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados tienen el mismo uso final de fumar.

7.242 Asimismo hemos constatado que los consumidores a los que afecta este caso, es decir, los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes, perciben que los cigarrillos aromatizados son similares para la finalidad de empezar a fumar.

7.243 Por último, hemos constatado que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados están clasificados en el mismo código del SA al nivel de 6 dígitos, a saber, 2402.20.

7.244 Como hemos explicado a lo largo de nuestras constataciones, el Grupo Especial ha llegado a las conclusiones *supra* teniendo en cuenta que la medida en litigio es un reglamento técnico con la finalidad inmediata de regular los cigarrillos que tienen un aroma característico con miras a alcanzar el objetivo legítimo de reducir el tabaquismo entre los jóvenes. Como hemos explicado, consideramos que ese objetivo legítimo debe permear e informar nuestro análisis de la similitud. Por tanto, al ponderar esos criterios, hemos tenido muy en cuenta la pertinencia de las características que son significativas por lo que respecta al objetivo de salud pública del artículo 907(a)(1)(A), es decir, reducir el tabaquismo entre los jóvenes.

7.245 Consideramos que nuestro planteamiento básico de la "similitud" en el presente caso es coherente con una hipótesis muy útil presentada por los Estados Unidos en la segunda reunión con el Grupo Especial y reiterada en respuesta a una pregunta del Grupo Especial:

> "Algunos productos pueden considerarse similares en algunos contextos pero no en otros. Por ejemplo, como observaron los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, las copas hechas de papel, plástico o aluminio podrían considerarse productos 'similares' con independencia de esas diferencias físicas por lo que respecta a un impuesto u otra medida fiscal. Todas tienen el mismo uso final de contener líquidos, y los consumidores pueden considerarlas intercambiables en ese contexto. En ese caso, puede considerarse que los distintos materiales utilizados en las copas son menos importantes para el análisis del producto similar. Sin embargo, podría considerarse que las mismas copas no son 'similares' en relación con una medida que regula los productos que pueden utilizarse con seguridad en los hornos de microondas. En ese caso, los distintos materiales utilizados para fabricar las copas serían más pertinentes, ya que el aluminio no puede utilizarse con seguridad en un horno de microondas. Esa diferencia afectaría a si los consumidores consideraban que cada una de las copas es adecuada para uso en un horno de microondas, y sería pertinente en relación con medidas que regularan qué copas

[471] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 26.

> pueden utilizarse en hornos de microondas. En ese contexto, los distintos materiales utilizados representarían diferencias significativas entre las copas. La medida concreta en cuestión es pertinente para determinar si las distintas propiedades físicas de la copa significan que una copa no es 'similar' a otra copa."[472]

7.246 A nuestro juicio, puede considerarse que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son "similares" en algunos contextos, pero no en otros. Por ejemplo, podría considerarse que esos dos tipos de cigarrillos no son "similares" en el contexto de una hipotética medida que regulara los productos sobre la base de características que no son comunes a los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados, por ejemplo si contienen eugenol (los cigarrillos de clavo de olor lo contienen, y los cigarrillos mentolados no). En el mismo sentido, podría considerarse que no son "similares" en el contexto de un hipotético impuesto o medida fiscal basados en el tipo de tabaco que contengan (los cigarrillos de clavo de olor suelen contener tabaco de Java curado al sol, y los cigarrillos mentolados no lo contienen). Sin embargo, podría considerarse que esos dos mismos tipos de cigarrillos son "similares" en el contexto de otras medidas que regulan los productos sobre la base de características que son comunes a los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados, por ejemplo, una hipotética medida que distinguiera entre varios productos de tabaco sobre la base de si esos productos son o no carcinogénicos (como lo son tanto los cigarrillos de clavo de olor como los cigarrillos mentolados).

7.247 Es evidente que la medida en litigio en el presente caso regula los cigarrillos sobre la base de una característica que es común a los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados, que a tenor del artículo 907(a)(1)(A) es la característica común de "contener, como elemento constitutivo ... o aditivo un aroma artificial o natural ... o una hierba o especia ... que es un aroma característico". En el contexto de esta medida en particular, que regula los productos de tabaco sobre la base de esa característica concreta -que tal vez podría considerarse como el rasgo definitorio de cada tipo de producto- nos parece muy difícil ver en qué modo podría considerarse que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados no son "similares". Como se expone en nuestras constataciones, somos conscientes de que hay ciertas diferencias entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados. Esas diferencias pueden perfectamente llevar a la conclusión de que esos dos productos no son "similares" en el contexto de distintas medidas. No obstante, en el contexto de la medida objeto de la presente controversia esas diferencias son menos significativas, y menos pertinentes. En otras palabras, contrariamente a lo que aducen los Estados Unidos[473], esas diferencias no están relacionadas con el objetivo de salud pública de la medida en litigio, y en consecuencia no son en este caso pertinentes para el análisis del producto similar. A nuestro entender, en las circunstancias que prevalecen en este caso las similitudes relacionadas con el objetivo de salud pública del artículo 907(a)(1)(A) son sumamente pertinentes para el análisis del producto similar.

7.248 Por consiguiente, habida cuenta de nuestras conclusiones *supra*, constatamos que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares a los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

d) La cuestión de si se da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional

i) Introducción

7.249 El hecho de que en el artículo 907(a)(1)(A) se distinga entre los productos similares no es suficiente en sí mismo para infringir la obligación de trato nacional consagrada en el párrafo 1 del

[472] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 96 del Grupo Especial, párrafo 52.

[473] Declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 27 (sin cursivas en el original).

artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En efecto, hemos de constatar también que el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor un "trato menos favorable" que el que otorga al producto nacional similar, es decir, a los cigarrillos mentolados.[474]

7.250 Hay dos cuestiones preliminares que es necesario que aclaremos antes de examinar con detalle este elemento de la prueba de trato nacional. La primera es el enfoque interpretativo del Grupo Especial, y la segunda, la índole de la alegación de trato menos favorable formulada por Indonesia.

ii) Enfoque aplicado por el Grupo Especial a la interpretación de la prueba de trato menos favorable del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.251 Al igual que la "similitud", el concepto de "trato menos favorable" se ha interpretado en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Esta jurisprudencia reflejó un análisis centrado en la competencia que se apoya en referencias explícitas al principio general consagrado en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994. Nos encontramos de nuevo, por lo tanto, ante la cuestión de si hemos de seguir esa jurisprudencia, o más bien interpretar el concepto en el marco del *Acuerdo OTC* y a la luz del objetivo legítimo[475] del artículo 907(a)(1)(A).

7.252 Las partes han argumentado sus respectivas posiciones en relación con este elemento de la alegación relativa al trato nacional invocando diferentes aspectos de la jurisprudencia elaborada por el Órgano de Apelación en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[476]

7.253 Como hemos explicado *supra*, el texto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* parece seguir el modelo del texto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Ambos imponen a los Miembros una obligación redactada de manera análoga que consiste en conceder a los productos importados "un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional". Sin embargo, esta obligación se aplica únicamente a los reglamentos técnicos, lo cual, como también hemos señalado antes, es sumamente significativo para la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en el presente asunto.

7.254 Aunque coincidimos con las partes en que ha de darse importancia a la semejanza en la redacción, lo hacemos con cautela, porque, como ha señalado el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, incluso si los términos empleados son idénticos, "debe[n] interpretarse teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin de la disposición en cuestión, así como el objeto y fin del acuerdo abarcado en el que figura la disposición".[477]

7.255 Creemos que nuestro enfoque de la interpretación de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe aplicarse también, por las mismas razones, a nuestro análisis respecto de si se dio a los cigarrillos de clavo de olor un "trato menos favorable" que el otorgado al producto nacional similar, es decir, a los cigarrillos mentolados. Antes explicamos que, a nuestro juicio, el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes ha de impregnar e informar nuestro análisis de la similitud. En nuestro examen de este elemento seguiremos un enfoque similar.

---

[474] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 100.

[475] Remitimos a la sección VII.F.2 c), en la que hemos concluido que Indonesia no ha demostrado que el objetivo de la prohibición no es "legítimo".

[476] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos-66-68; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 93-104; primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos-196-212; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos-126-144.

[477] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 88 y 89.

iii) Discriminación de jure *frente a discriminación* de facto

7.256 Observamos que en la argumentación de Indonesia con respecto a esta prueba ha tenido lugar una evolución significativa, o tal vez una aclaración. En un principio, Indonesia parecía alegar, en su primera comunicación escrita, que el artículo 907(a)(1)(a) establece una discriminación *de jure*, pese a ser neutral en cuanto al origen conforme a su tenor literal. En su primera comunicación escrita Indonesia no mencionó la discriminación *de facto*. Los Estados Unidos respondieron que Indonesia no había satisfecho la carga de demostrar que se da a los cigarrillos de clavo de olor un trato menos favorable por su origen nacional.[478] Recordaron que el párrafo 4 del artículo III prohíbe a los Miembros otorgar a los productos importados un trato menos favorable que a los nacionales, "ya sea *de jure* o *de facto*", pese a lo cual en su primera comunicación escrita procedieron a refutar una posible alegación de discriminación *de facto*.

7.257 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, y después de que los terceros hubieran presentado sus comunicaciones, Indonesia alegó que el artículo 907(a)(1)(A) da lugar a una discriminación *de facto* contra productos importados. Indonesia puso de relieve que, mientras que los cigarrillos mentolados (y los cigarrillos ordinarios) se producen en los Estados Unidos, los cigarrillos de clavo de olor, que fueron prohibidos, eran en su mayor parte importados de Indonesia. Según afirma Indonesia, la casi totalidad de los cigarrillos producidos en el país no resultó afectada por la prohibición impuesta por el artículo 907(a)(1)(A).[479]

7.258 Indonesia señala (remitiéndose a la declaración oral del Brasil[480]) que el Grupo Especial encargado del asunto *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos* explicó que "[l]a discriminación *de facto* es una expresión general que describe la conclusión jurídica de que una medida ostensiblemente neutra infringe una norma relativa a la no discriminación porque su efecto real es imponer unas consecuencias desventajosas diferentes a ciertas partes y porque se constata que esos efectos diferenciados son incorrectos o injustificables".[481]

7.259 Indonesia se remite también a la declaración oral de Noruega[482] para desarrollar su análisis de la jurisprudencia sobre la discriminación *de facto*. Señala que varios grupos especiales y el Órgano de Apelación han examinado el diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida al evaluar la discriminación *de facto*.[483] También destaca que varios grupos especiales y el Órgano de Apelación han constatado la existencia de discriminación *de facto* cuando los productos producidos en el país tendían a ser objeto de un trato más favorable que productos similares importados.[484]

7.260 Observamos que el artículo 907(a)(1)(A) no prohíbe explícitamente determinados tipos de cigarrillos por su origen, sino por el tipo de aroma característico del cigarrillo. Quedaría excluido, por lo tanto, el trato menos favorable *de jure*. Por otro lado, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia no hay nada que indique que la alegación de Indonesia se refiera exclusivamente a un trato menos favorable *de jure*; en ella únicamente se declara que la medida en litigio infringe el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque "da lugar a un trato 'menos favorable' para los cigarrillos de clavo de olor importados que el otorgado a un producto nacional similar, los cigarrillos mentolados". Asimismo, los Estados Unidos no han aducido que la

[478] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 174.
[479] Respuesta de Indonesia a la pregunta 48 del Grupo Especial, párrafos 100-102.
[480] Declaración oral del Brasil en calidad de tercero, párrafo 7.
[481] Informe del Grupo Especial, *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos*, párrafo 7.101.
[482] Declaración oral de Noruega en calidad de tercero, párrafo 19.
[483] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 215.
[484] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Bebidas alcohólicas*, párrafos 51-53; e informe del Grupo Especial, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafos 8.119-8.121.

evolución de la argumentación de Indonesia les haya perjudicado de alguna forma, y en su primera comunicación escrita trataron la cuestión de la discriminación *de facto* con cierto detalle.

7.261 Dadas las circunstancias, decidimos examinar la alegación de Indonesia considerándola una alegación de trato menos favorable *de facto*.

iv) La prueba de trato menos favorable del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.262 Como se ha explicado *supra*, el concepto de "trato menos favorable" no ha sido interpretado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, salvo muy brevemente por el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*.[485] Como también se ha explicado *supra*, varios grupos especiales y el Órgano de Apelación han interpretado este concepto en el contexto del trato nacional y con referencia al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.263 El concepto de "trato menos favorable" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 fue interpretado por primera vez por el Grupo Especial del GATT encargado del asunto *Estados Unidos - Artículo 337*, que consideró que exige "una igualdad efectiva de oportunidades" para los productos importados[486], y grupos especiales posteriores y el Órgano de Apelación han seguido esa misma línea de interpretación.[487]

7.264 En *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación observó que "se debería evaluar si se ha dado o no a los productos importados un trato 'menos favorable' que a los productos nacionales similares examinando si una medida *modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente* en detrimento de los productos importados".[488]

7.265 Observamos que, al igual que con el concepto de "producto similar", en *CE - Amianto* el Órgano de Apelación interpretó la expresión "trato menos favorable" del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 a la luz del principio general establecido en el párrafo 1 del artículo III, considerando, por lo tanto, que "[l]a expresión 'trato menos favorable' expresa el principio general, enunciado en el párrafo 1 del artículo III, de que los reglamentos interiores 'no deberían aplicarse ... de manera que se proteja la producción nacional'".

7.266 El Órgano de Apelación ha explicado que "[s]i existe un 'trato menos favorable' del grupo de productos importados 'similares', 'se protege', inversamente, al grupo de productos 'similares' de origen nacional".[489] Como declaró el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, "un Miembro puede trazar distinciones entre productos que se haya constatado que son 'similares', sin que por ese solo hecho conceda al grupo de los productos *importados* 'similares' un 'trato menos favorable' que el concedido al grupo de los productos 'similares' *de origen nacional*".[490] Por lo tanto, establecer distinciones de trato entre productos diferentes no constituye necesariamente un trato "menos favorable". Por otro lado, puede haber casos en que aplicar disposiciones jurídicas formalmente

[485] Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.464-7.476.
[486] Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Artículo 337*, párrafo 5.11.
[487] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafo 6.10; informe del Grupo Especial, *CE - Banano III*, párrafos 7.179 y 7.180; e informe del Grupo Especial, *Japón - Películas*, párrafo 10.379.
[488] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137 (sin cursivas en el original).
[489] Observamos que en ese asunto no se pidió al Órgano de Apelación que examinara las constataciones del Grupo Especial relativas al trato menos favorable. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 100.
[490] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 100.

idénticas implique en la práctica otorgar un trato menos favorable al producto importado.[491] Parece, por consiguiente, que existiría un "trato menos favorable", al menos con respecto al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, cuando, a causa de la medida, el producto importado resulte en posición de desventaja competitiva en el mercado nacional.

7.267 En consecuencia, en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, la determinación de si se otorga a los productos importados un "trato menos favorable" que a productos nacionales similares depende fundamentalmente de una evaluación de las condiciones de competencia en el mercado. Observamos, sin embargo, que no es necesario que el examen de si una medida en litigio proporciona "igualdad efectiva de oportunidades de competencia" se base en los efectos reales de la medida en el mercado.[492]

7.268 Por lo tanto, de la citada jurisprudencia en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 inferimos que lo que debe considerarse es si resulta afectada la igualdad de las condiciones de competencia entre los productos importados y los nacionales.[493] En *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* el Órgano de Apelación indicó que se da a los productos importados un trato menos favorable que a los productos nacionales similares si una medida modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente *en detrimento de los productos importados*.[494] Sin embargo, como el Órgano de Apelación observó en *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, "la existencia de efectos perjudiciales sobre un determinado producto importado resultantes de una medida no implica necesariamente que esa medida otorgue un trato menos favorable a las importaciones si los efectos perjudiciales se explican por factores o circunstancias *que no guardan relación con el origen extranjero del producto*, como, en este caso, la cuota de mercado de los importadores".[495] Por consiguiente, no es suficiente constatar la incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III únicamente sobre la base de que la medida tiene un efecto desfavorable en las condiciones de competencia de un producto importado. El reclamante ha de demostrar también que esos efectos desfavorables guardan relación con el origen del producto en cuestión.

7.269 En conjunto, la jurisprudencia del Órgano de Apelación sobre el elemento de trato menos favorable del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 establece las siguientes orientaciones: i) la prueba de trato menos favorable se refiere a la repercusión de la medida en la relación de competencia entre grupos de productos importados y grupos de productos similares nacionales; ii) existirá un trato menos favorable si las medidas *modifican* esas condiciones de competencia *en detrimento* del grupo de productos similares importados; iii) los grupos especiales han de considerar si el efecto o efectos perjudiciales pueden explicarse por factores o circunstancias *que no guardan relación con el origen extranjero de los productos*, y iv) no es necesario demostrar independientemente que las medidas se aplican "de manera que se proteja" la producción nacional.

---

[491] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137.

[492] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 215.

[493] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 20, donde se citan los informes de los Grupos Especiales del GATT, *Estados Unidos - Superfund*, párrafo 5.1.9 y *Japón - Bebidas alcohólicas I*, párrafo 5.5 b).

[494] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137.

[495] Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 96 (sin cursivas en el original).

Cuáles son los productos que deben compararse

7.270 Antes de continuar, hemos de determinar en primer lugar cuáles son los *productos que deben compararse* en el análisis del trato menos favorable, es decir, cuáles son los productos nacionales y los productos importados a efectos de la prueba de trato menos favorable.

7.271 A preguntas del Grupo Especial, **Indonesia** señaló que, a efectos del análisis del "trato menos favorable", el producto importado son únicamente los cigarrillos de clavo de olor, y el producto o productos nacionales sería cualquier tipo de cigarrillo no prohibido por el artículo 907(a)(1)(A) que el Grupo Especial constate que es "similar" a los cigarrillos de clavo de olor (por ejemplo, los cigarrillos aromatizados con mentol o tabaco). Indonesia señala que no ha formulado alegaciones con respecto al trato de los cigarrillos de clavo de olor en comparación con el de los cigarrillos con aroma de "caramelo".[496] A juicio de Indonesia, cuando se formula un argumento en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, la existencia de una infracción puede establecerse demostrando que hay *algunos* productos importados (es decir, los tratados menos favorablemente) que reciben un trato menos favorable que *algún* producto similar nacional (es decir, el tratado más favorablemente). A juicio de Indonesia, la comparación pertinente en el presente asunto consiste en determinar si los cigarrillos de clavo de olor importados son "similares" a *cualquier* cigarrillo nacional que *no* fuera objeto de la prohibición, en concreto, los cigarrillos aromatizados con mentol o tabaco. En opinión de Indonesia, no es necesario que el Grupo Especial considere si los cigarrillos de clavo de olor reciben un trato menos favorable que cigarrillos nacionales que también fueron objeto de la prohibición, o que cigarrillos importados que no fueron objeto de la prohibición.[497]

7.272 A juicio de los **Estados Unidos**, el Grupo Especial debe comparar el trato dado a *todos* los cigarrillos importados (en la medida en que sean similares), y no sólo a los cigarrillos de clavo de olor, con el trato otorgado a *todos* los cigarrillos de producción nacional (en la medida en que sean similares). Desde este punto de vista, los Estados Unidos ponen de relieve que el artículo 907(a)(1)(A) se aplica a los cigarrillos, tanto importados como nacionales, que tienen aromas característicos, los cuales constituyen una pequeña categoría dentro de los cigarrillos en general. Al mismo tiempo, la prohibición no se aplica a los cigarrillos ordinarios ni a los mentolados, sea cual sea su origen, por lo que no se aplica a los cigarrillos ordinarios procedentes de Indonesia ni a los cigarrillos mentolados importados o nacionales. Desde este punto de vista, los Estados Unidos ponen de relieve que el artículo 907(a)(1)(A) se aplica a los cigarrillos, tanto importados como nacionales, que tienen aromas característicos, los cuales constituyen una pequeña categoría dentro de los cigarrillos en general. Al mismo tiempo, la prohibición no se aplica a los cigarrillos ordinarios ni a los mentolados, sea cual sea su origen, incluidos los cigarrillos ordinarios procedentes de Indonesia y los cigarrillos mentolados tanto importados como nacionales. En opinión de los Estados Unidos, Indonesia no está en lo correcto cuando afirma que el artículo 907(a)(1)(A) da un trato menos favorable "si *una* importación procedente de Indonesia figura entre los aromas característicos prohibidos y *un* cigarrillo producido en los Estados Unidos no figura entre ellos".[498] A juicio de los Estados Unidos, el enfoque del "mejor trato" que preconiza Indonesia es incompatible con el texto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Sostienen que, como determinó el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, la comparación pertinente debe establecerse, por el contrario, entre el *grupo* de productos importados "similares" y el *grupo* de productos nacionales "similares".[499] A juicio de los Estados Unidos, el Órgano de Apelación reconoció que un Miembro puede establecer distinciones entre productos que se haya determinado

[496] Respuesta de Indonesia a la pregunta 49 del Grupo Especial, párrafos 103-105.
[497] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 100.
[498] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, sección II.A.4.a., párrafos 119-125 (las cursivas figuran en el original).
[499] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 119-123.

que son "similares" sin por ello proteger la producción nacional o dar un trato menos favorable a los productos importados.[500]

7.273 A nuestro juicio, la jurisprudencia de la OMC no respalda la afirmación de que puede establecerse la existencia de un "trato menos favorable" meramente demostrando que hay *algunos* productos importados que reciben un trato menos favorable que *algún* producto similar nacional. De hecho, coincidimos con los Estados Unidos en que esa es "una opinión extrema que ha sido rechazada frontalmente por el Órgano de Apelación" en *CE - Amianto*.[501]

7.274 No obstante, creemos que, en lo que respecta al análisis del "trato menos favorable", Indonesia está en lo correcto al concluir que la comparación debe establecerse entre: i) los cigarrillos *de clavo de olor* importados (en tanto que distintos de todos los tipos de cigarrillos importados en los Estados Unidos, de cualquier procedencia); y ii) los cigarrillos producidos en el país respecto de los que el Grupo Especial ha constatado que son productos "similares", a saber, los cigarrillos mentolados.

7.275 Nuestro razonamiento, que difiere en buena medida del argumento jurídico presentado por Indonesia, es considerablemente sencillo y directo. El párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige una comparación de "productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros" con "productos similares de origen nacional".[502] Estas disposiciones se refieren a los productos importados del territorio de "*cualquier otro* Miembro", y no, de forma más general, al de "los Miembros" o de "otros Miembros". Los productos importados en este caso son los productos importados del territorio de *Indonesia*. Y, al parecer, hay común acuerdo entre las partes en que la inmensa mayoría de los cigarrillos que se importaban de Indonesia en los Estados Unidos eran cigarrillos *de clavo de olor*.[503]

7.276 A nuestro juicio, no se da el caso de que, como afirman implícitamente los Estados Unidos, "*una* importación procedente de Indonesia figura entre los aromas característicos prohibidos y *un* cigarrillo producido en los Estados Unidos no figura entre ellos". Antes bien, la inmensa mayoría de las exportaciones de cigarrillos indonesias a los Estados Unidos está incluida entre los aromas característicos prohibidos por el artículo 907(a)(1)(A). Observamos que esta situación estaría en consonancia con las constataciones del Órgano de Apelación en *CE - Amianto*. A nuestro juicio, la comparación entre el grupo de productos importados similares y el grupo de productos nacionales similares abarca las situaciones en que "la inmensa mayoría de las importaciones" recibe un trato menos favorable.

7.277 En lo que respecta a los productos nacionales, hemos constatado que los cigarrillos mentolados son "similares" a los cigarrillos de clavo de olor para los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque, entre otras cosas, ambos contienen un aditivo que les confiere un aroma característico que los hace atractivos para los jóvenes. No hemos analizado si los cigarrillos

[500] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 204.
[501] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 119.
[502] Observamos que el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 exige, de manera similar, una comparación de los "productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante" con los "productos similares de origen nacional".
[503] En respuesta al argumento de Indonesia de que todas las importaciones de cigarrillos en los Estados Unidos eran de cigarrillos de clavo de olor a pesar del hecho de que la Prueba documental 91 presentada por los Estados Unidos constaba que se importaba en los Estados Unidos un pequeño porcentaje de cigarrillos que no eran de clavo de olor, los Estados Unidos aclaran que es improbable que los fabricantes de cigarrillos de clavo de olor hayan importado sus cigarrillos incluyéndolos en una subpartida incorrecta (la correspondiente a los cigarrillos que no son de clavo de olor), ya que el arancel que se aplica a los cigarrillos de clavo de olor es inferior al aplicado a cualquier otro tipo de cigarrillos (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 81 del Grupo Especial).

ordinarios nacionales son "similares" a los cigarrillos de clavo de olor importados, porque consideramos que rebasaríamos los límites de nuestro mandato.

7.278 Procederemos, por lo tanto, a examinar si los Estados Unidos dieron a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales.

La cuestión de si los productos en cuestión reciben un trato diferente

7.279 Una vez identificados los productos que compararemos, el siguiente paso debería ser determinar si los productos en cuestión reciben *un trato diferente*. En la presente diferencia la conclusión obvia es que el trato no puede ser más diferente. Los cigarrillos de clavo de olor están prohibidos, mientras que los cigarrillos mentolados están excluidos de la prohibición.

7.280 Por lo tanto, concluimos que los productos en cuestión reciben un trato fundamentalmente diferente.

La cuestión de si el trato diferente redunda en detrimento de los productos importados

7.281 Recordamos que la jurisprudencia del Órgano de Apelación relativa al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 explica que no es suficiente constatar que el trato es diferente, sino que es necesario constatar que la diferencia de trato modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados.[504] Estamos de acuerdo en que no debería ser suficiente, por sí solo, constatar que los productos nacionales y los productos similares importados reciben un trato diferente, sino que esa diferencia de trato ha de tener como resultado que los productos importados reciban un trato menos favorable. En el presente asunto, la conclusión es obvia: los cigarrillos de clavo de olor importados están prohibidos, mientras que se permite que los cigarrillos mentolados nacionales similares permanezcan en el mercado.

La cuestión de si el trato menos favorable guarda relación con el origen nacional de las importaciones

7.282 Las partes están en desacuerdo con respecto a la forma de interpretar las constataciones del Órgano de Apelación en *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos* conforme a las cuales no hay trato menos favorable cuando los efectos perjudiciales se explican por factores o circunstancias *que no guardan relación con el origen extranjero del producto*. Los **Estados Unidos** interpretan que esas constataciones exhortan a realizar un análisis en dos etapas para constatar la existencia de un trato menos favorable: i) debe determinarse que los productos importado y nacional similares han recibido un *trato diferente en función del origen nacional*, y ii) debe determinarse si ese trato diferente constituye un trato menos favorable para el producto importado. Los Estados Unidos citan también el asunto *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* en apoyo de ese análisis en dos etapas.[505] Los Estados Unidos explican que en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* el Órgano de Apelación constató inicialmente que la medida coreana daba a los productos importados y a los nacionales un trato diferente al exigir que se distribuyeran mediante canales de distribución diferentes. Después de constatar la existencia de un trato diferente, el Órgano de Apelación pasó a examinar si esa diferencia de trato implicaba que se diera a los productos importados un trato menos favorable en función del origen nacional del producto. El Órgano de Apelación concluyó que, dado que la propia medida coreana imponía a los minoristas la "necesidad de optar" entre la carne vacuna nacional y la importada, limitaba las oportunidades de comercialización

[504] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137.

[505] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 249, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafos 144-146.

de la carne vacuna importada y, por lo tanto, modificaba las condiciones de competencia en detrimento de ese producto.

7.283 A juicio de los Estados Unidos, que una medida otorgue un trato menos favorable depende del trato que dé a los productos importados en comparación con los productos nacionales. A este respecto, aducen, el Órgano de Apelación ha examinado si la medida altera las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados, en comparación con los productos nacionales, pero ha dejado claro que una medida *no* altera las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados cuando el supuesto detrimento "se explica por factores o circunstancias *que no guardan relación con el origen extranjero del producto*".[506] Los Estados Unidos aducen que, aunque no hay un único enfoque ni un factor necesariamente decisivo al alcanzar una conclusión jurídica de que existe un "trato menos favorable" -y que diferentes factores son significativos en función de los hechos y circunstancias particulares- el principio rector del análisis es que una medida no debe dar un trato especial a las importaciones basándose en el origen nacional de modo que se proteja el producto nacional.[507] En opinión de los Estados Unidos, cuando un supuesto efecto perjudicial en un producto importado no puede atribuirse a su origen extranjero, sino a algún otro factor, ese efecto no prueba un trato menos favorable.[508]

7.284 Los Estados Unidos sostienen que este razonamiento también es válido en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, que, a su juicio, debe interpretarse de modo que permita reglamentos técnicos basados en distinciones legítimas entre los productos, aun cuando esas distinciones puedan tener un efecto diferente en productos diferentes. A juicio de los Estados Unidos, Indonesia trata de eliminar toda labor analítica reduciendo el análisis del "trato menos favorable" a una determinación mecánica de si la medida se aplica a alguna importación y no se aplica a algún producto nacional similar. En opinión de los Estados Unidos, ese enfoque es insuficiente, porque la esencia de las obligaciones de trato nacional es si una medida da a productos importados un trato menos favorable que a productos nacionales, para lo que es preciso un examen de todos los hechos pertinentes.[509] Para los Estados Unidos, el análisis del "trato menos favorable" no consiste simplemente en examinar qué cigarrillos están prohibidos y cuáles no, sin examinar también todas las pruebas pertinentes, incluido el objetivo de la medida y el hecho de que los supuestos efectos perjudiciales en las importaciones dependan o no del origen nacional de éstas.[510]

7.285 **Indonesia** discrepa de la caracterización del "trato menos favorable" que hacen los Estados Unidos y aduce que ningún informe de grupo especial ni del Órgano de Apelación ha exigido nunca la prueba de un "trato menos favorable" y una segunda prueba de que el trato en cuestión se otorgue "en función del origen nacional" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[511] A juicio de Indonesia, la formulación de los Estados Unidos eliminaría el concepto de discriminación *de facto*.[512] Indonesia afirma que coincide con el Brasil en que los Estados Unidos hacen una lectura errónea de la resolución del Órgano de Apelación en *República Dominicana - Importación y venta de*

[506] Los Estados Unidos hacen referencia al informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 96 (sin cursivas el original); al informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 144; y al informe del Grupo Especial, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafo 8.118. Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 127.

[507] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 127.

[508] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 50; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 49.

[509] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 128.

[510] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 50.

[511] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 97; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 63.

[512] Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 63.

cigarrillos, al tomar una sola frase y extraerla de su contexto fáctico.[513] Indonesia aduce que, como ha observado el Brasil, en esa diferencia el Órgano de Apelación no aseveraba de forma general e irrestricta que una medida es compatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 si sus efectos perjudiciales no guardan relación con el origen extranjero del producto de que se trate. Lo que afirmó fue simplemente que los efectos perjudiciales en los productos importados no equivalen, *ipso facto*, a discriminación, ya que hay otras características de esos efectos que también son pertinentes al evaluar si se ha otorgado a un producto un trato menos favorable.[514] Según explican Indonesia y varios terceros, los productos nacionales y los importados pueden recibir un trato diferente, pero ese trato será "menos favorable" si tiene el efecto de modificar las condiciones de competencia en perjuicio de los productos importados.[515] Indonesia insta al Grupo Especial a que rechace la idea, que proponen los Estados Unidos, de que el artículo 907(a)(1)(A) debe discriminar "en función del origen nacional" para dar lugar a un "trato menos favorable" para los cigarrillos de clavo de olor importados.[516] Indonesia cree que no recae sobre su país la carga de demostrar que las importaciones del mismo producto procedentes de países diferentes, o las importaciones de productos diferentes, reciben un trato menos favorable que los productos nacionales. Aduce que el trato dado a los productos importados procedentes de otros países no se ha sometido a la consideración del Grupo Especial.[517]

7.286 Recordamos que estamos examinando un reglamento técnico, el artículo 907(a)(1)(A), cuyo propósito inmediato es la prohibición de los cigarrillos que contienen un aditivo que les confiere un aroma característico. La razón que justifica el artículo 907(a)(1)(A) es alcanzar el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Recordamos también la explicación del artículo 907(a)(1)(A) que se da en el informe de la Cámara de Representantes relativo a la FSPTCA[518], en el que se declara que, "[e]n consonancia con la finalidad global del proyecto de ley de proteger la salud pública, entre otras cosas reduciendo el número de niños y adolescentes que fuman cigarrillos, el [artículo 907(a)(1)(A)] tiene por objeto prohibir la fabricación y venta de cigarrillos con determinados 'aromas característicos' que atraen a los jóvenes".[519]

7.287 Este es el contexto en el que debemos examinar si los cigarrillos de clavo de olor importados reciben un trato menos favorable que los cigarrillos mentolados nacionales, es decir, si son objeto de discriminación. Consideramos útil la definición de la discriminación y de cómo puede manifestarse que dio el Órgano de Apelación en *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, a saber:

> "... Considerado en abstracto, el concepto de discriminación puede abarcar tanto el hecho de establecer distinciones entre situaciones similares como de tratar situaciones diferentes de manera formalmente idéntica. El Órgano de Apelación ha tratado anteriormente el concepto de discriminación y el significado de la expresión 'sin discriminación', y ha reconocido que, al menos en lo que se refiere a hacer distinciones entre situaciones similares, el sentido corriente de discriminación puede abarcar tanto las distinciones *per se* como las distinciones hechas sobre una base inadecuada. Sólo una interpretación integral y correcta de una disposición que prohíba la discriminación revelará qué tipo de trato diferenciado está prohibido. En

[513] Declaración oral del Brasil, párrafo 11.
[514] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 98; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 64.
[515] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 99; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 57.
[516] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 99.
[517] Respuesta de Indonesia a la pregunta 95 a) del Grupo Especial.
[518] Véanse los párrafos 2.6 y 2.7, *supra*.
[519] Estados Unidos - Prueba documental 67.

> todos los casos, un reclamante que alegue discriminación tendrá que demostrar, para que prospere su alegación, que ha habido un trato diferenciado."[520]

7.288 A este respecto, nos viene a la mente el texto del preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*: "*[d]eseosas* de contribuir a estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales". Como declaró el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camarones*",[c]omo este lenguaje del preámbulo refleja las intenciones de los negociadores del *Acuerdo sobre la OMC*, creemos que debe dar color, consistencia y matiz a nuestra interpretación de los Acuerdos anexos al *Acuerdo sobre la OMC*".[521] No creemos que fuera intención de los negociadores permitir que los Miembros reglamenten los productos de manera discriminatoria.

7.289 El *Acuerdo OTC* permite a los Miembros reglamentar los productos con el fin de alcanzar un objetivo legítimo, en este caso un objetivo de salud pública que consiste en reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Los Estados Unidos han indicado a este Grupo Especial que no incluyeron los cigarrillos mentolados, que hemos constatado que son similares a los cigarrillos de clavo de olor en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque hacerlo sin una nueva evaluación no sería apropiado para la salud pública, habida cuenta, entre otras cuestiones, de la posible repercusión en el sistema de atención sanitaria y la posible aparición de un mercado negro y del contrabando de cigarrillos mentolados.[522] Estas razones, que los Estados Unidos han presentado como si constituyeran por sí mismas un objetivo legítimo, nos parecen relacionadas de un modo u otro con los costos que podrían derivarse para los Estados Unidos de una prohibición de los cigarrillos mentolados. De hecho, que los Estados Unidos no prohíban los cigarrillos mentolados no se debe a que éstos no sean un tipo de cigarrillo con un aroma característico atractivo para los jóvenes[523], sino a los costos que podrían resultar de esa prohibición. Recordamos que en el momento de la prohibición no había ningún cigarrillo nacional con un aroma característico, aparte de los cigarrillos mentolados, que representaban aproximadamente el 25 por ciento del mercado[524] y una proporción muy

---

[520] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 87.

[521] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 153.

[522] Los Estados Unidos remiten al Grupo Especial a las siguientes conclusiones de la FDA:

> "La retirada repentina del mercado de productos a los que son adictos tantos millones de personas sería peligrosa. En primer lugar, podría haber riesgos de salud significativos para muchas de esas personas. En segundo lugar, es posible que nuestro sistema de atención sanitaria se viera desbordado por las demandas de tratamiento que esas personas generarían, y es improbable que los productos farmacéuticos disponibles pudieran tratar satisfactoriamente los síntomas de abstinencia de muchos consumidores de tabaco. En tercer lugar, la Agencia cree también que, habida cuenta de la intensidad de la adicción y la consiguiente dificultad de abandonar el consumo de tabaco, se formaría un mercado negro y se practicaría el contrabando para abastecer a los fumadores de esos productos. Parece probable, también, que los productos del mercado negro serían aún más peligrosos que los que se comercializan actualmente, ya que contendrían niveles aún mayores alquitrán, nicotina y productos adictivos tóxicos."

Regulations Restricting the Sale and Distribution of Cigarettes and Smokeless Tobacco to Protect Children and Adolescents (Reglamento por el que se restringe la venta y distribución de cigarrillos y de tabaco sin humo para proteger a los niños y los adolescentes), 61 *Fed. Reg.*, páginas 44, 413 (Estados Unidos - Prueba documental 25). Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 22. Véanse también los párrafos 23-25; y la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 40, 89 y 100 del Grupo Especial.

[523] Véanse los párrafos 7.200-7.232, *supra*.

[524] Los Estados Unidos aducen que hay pruebas que demuestran que en 2008 y 2009 había en el mercado cigarrillos con aromas característicos producidos en los Estados Unidos (segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 132). A este respecto, señalan las Pruebas documentales 52 y 62 presentadas por los Estados Unidos. A nuestro juicio, ninguna de las pruebas documentales presentadas demuestra que en el

significativa de los cigarrillos consumidos por los jóvenes en los Estados Unidos.[525] A nuestro parecer, el efecto de prohibir los cigarrillos que tengan un aroma característico distinto del mentol es imponer costos a los productores de otros Miembros, en particular a los productores de Indonesia, sin imponer al mismo tiempo ningún costo a ninguna entidad estadounidense.

7.290 No estamos afirmando que no esté permitido a los Estados Unidos adoptar medidas como el artículo 907(a)(1)(A) para reglamentar productos por motivos de salud pública; al contrario, ello está permitido siempre que se respeten los límites establecidos en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, como el de no restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo. Lo que afirmamos es que, si los Estados Unidos deciden hacer tal cosa, no han de dar a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el que otorgan a los cigarrillos mentolados nacionales similares con objeto de evitar posibles costos. En este asunto, los Estados Unidos han adoptado un reglamento técnico con el fin de lograr el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, pero al mismo tiempo han limitado los productos a los que se aplica el reglamento técnico con objeto de minimizar, o incluso eliminar, los posibles costos asociados, aunque originando costos a los productores de productos similares de otros Miembros.

7.291 El objeto y fin del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es prohibir la discriminación entre productos importados y productos nacionales similares en lo que respecta a los reglamentos técnicos. A nuestro juicio, ese objeto se frustraría si se permitiera a los Miembros excluir sus productos nacionales de la aplicación de esos reglamentos a fin de evitar posibles costos que en otro caso se derivarían.

v) Conclusión sobre el trato menos favorable

7.292 Concluimos, por lo tanto, que, al prohibir los cigarrillos de clavo de olor y eximir al mismo tiempo a los cigarrillos mentolados de la prohibición impuesta por el artículo 907(a)(1)(A), efectivamente se da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el que se otorga a los cigarrillos mentolados nacionales, para los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

e) Conclusión general sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

7.293 Al haber llegado a la conclusión de que: i) el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*; ii) los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y iii) al prohibir los cigarrillos de clavo de olor y exceptuar al mismo tiempo a los

---

momento de la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) se estuvieran vendiendo en el mercado cigarrillos aromatizados producidos en los Estados Unidos. En la Prueba documental 52 presentada por los Estados Unidos sólo figuran las "marcas conocidas de posibles cigarrillos 'aromatizados' vendidas en los Estados Unidos" en 2008. Esa prueba no informa, por lo tanto, de las marcas de cigarrillos presentes en el mercado estadounidense en el momento de la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A). En la Prueba documental 62 presentada por los Estados Unidos se enumeran las marcas de cigarrillos aromatizados con certificación de "seguros contra incendios" en los estados de Nueva York y Maine en 2009. Aunque esta última Prueba documental abarca hasta la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A), no demuestra cuáles eran las marcas y tipos de cigarrillos que se vendían efectivamente en el mercado estadounidense en esa fecha. Lo que hace es simplemente enumerar las marcas de cigarrillos con certificación de "seguros contra incendios". Por lo tanto, nos atenemos a nuestra conclusión.

[525] Según los Estados Unidos, "aproximadamente el 31 por ciento de los fumadores jóvenes fuma cigarrillos mentolados, aunque la cifra podría ser mayor" (primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 33). Según Indonesia, los cigarrillos mentolados representan aproximadamente el 43 por ciento de los cigarrillos que consumen los adolescentes (primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 2, 7, 40, 93).

cigarrillos mentolados de la prohibición impuesta por el artículo 907(a)(1)(A), efectivamente se da a los cigarrillos de clavo de olor un trato menos favorable que el que se otorga a los cigarrillos mentolados, en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, constatamos que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.294 Habiendo constatado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, no examinaremos la alegación subsidiaria formulada por Indonesia al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

E. LA CUESTIÓN DE SI EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) ESTÁ JUSTIFICADO EN VIRTUD DEL APARTADO B) DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

1. Argumentos de las partes

7.295 Los **Estados Unidos** sostienen que el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.[526]

7.296 Los Estados Unidos sostienen que Indonesia no ha establecido que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Sostienen, sin embargo, que, "si el Grupo Especial abordara la cuestión de las excepciones del GATT", la aplicación del artículo 907(a)(1)(A) estaría justificada en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.[527] Aclaran que no invocan el artículo XX del GATT como defensa con respecto a las alegaciones formuladas por Indonesia al amparo del *Acuerdo OTC*[528], por lo que no es necesario que el Grupo Especial formule una constatación sobre la posibilidad de justificar en virtud del artículo XX una infracción de una disposición del *Acuerdo OTC*.[529]

7.297 Los Estados Unidos sostienen que el artículo 907(a)(1)(A) está comprendido en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX.[530] Según afirman, el artículo 907(a)(1)(A) se promulgó para proteger la vida y la salud humanas del riesgo derivado del consumo de tabaco, y era necesario para asegurarse de que no puedan venderse en los Estados Unidos productos que son utilizados predominantemente como productos de "iniciación" por los jóvenes y generan adicciones que duran años, problemas de salud y posiblemente la muerte.[531] Los Estados Unidos recuerdan que, ante la pregunta de si una medida es "necesaria", otros grupos especiales han llevado a cabo "un proceso de sopesar y confrontar una serie de factores". En este asunto, todos los factores inclinan la balanza en favor de la determinación de que el artículo 907(a)(1)(A) es necesario. En primer lugar, "el interés en juego es de importancia fundamental".[532] En segundo lugar, el artículo 907(a)(1)(A) "contribuye directamente" a la protección de la vida y la salud humanas, y hay una "relación auténtica de fines a medios entre el objetivo perseguido y la medida en litigio".[533] En tercer lugar, la situación en la que se promulgó el artículo 907(a)(1)(A), a saber, las tasas inadmisiblemente altas de consumo de tabaco entre los jóvenes que hacían necesaria la imposición de fuertes restricciones, es pertinente al evaluar

[526] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 311-342.
[527] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 311; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 72.
[528] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Grupo Especial, párrafo 159.
[529] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 79 del Grupo Especial, párrafo 160.
[530] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 315-329; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 73-77.
[531] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 315-318, 322; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 73 y 74.
[532] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 324; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 76.
[533] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 325 y 326; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 76.

el "grado de restricción del comercio" que la medida impone, el cual, dadas las circunstancias, es limitado.[534]

7.298 Los Estados Unidos sostienen que el artículo 907(a)(1)(A) también satisface las prescripciones del preámbulo del artículo XX.[535] En primer lugar, aducen que no hay "en absoluto ningún trato diferente", por lo que no puede haber ninguna "discriminación", ya sea arbitraria, injustificable o de otro tipo.[536] Sin embargo, incluso si se constatara que el artículo 907(a)(1)(A) "discrimina", esa discriminación no podría considerarse "arbitraria" ni "injustificable".[537] Por último, las pruebas demuestran que el artículo 907(a)(1)(A) no es una "restricción encubierta" del comercio.[538]

7.299 **Indonesia** aduce que el artículo XX del GATT de 1994 "no autoriza" la medida en litigio, porque ésta "constituye una restricción del comercio internacional disfrazada de medida necesaria para proteger la salud humana".[539] Indonesia sostiene además que no puede invocarse el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 por lo que respecta a las infracciones del *Acuerdo OTC*.[540]

7.300 Indonesia sostiene que ya ha demostrado, en su análisis de la medida en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, que: a) la medida no es "necesaria" para alcanzar el nivel de protección que se pretende lograr con la FSPTCA[541]; y b) había medidas menos restrictivas del comercio que estaban razonablemente al alcance de los Estados Unidos.[542]

7.301 Indonesia sostiene que, incluso si la medida es en cierto modo "necesaria" para proteger a los jóvenes del tabaco, no por ello deja de ser una "restricción encubierta" del comercio internacional en el sentido del preámbulo del artículo XX.[543] A juicio de Indonesia, ello se debe a que, al "amoldar la prohibición de los 'aromas característicos' de tal forma que no se retirara del mercado prácticamente ninguno de los cigarrillos nacionales, incluidos los más consumidos por los jóvenes, los Estados Unidos pudieron generar la *apariencia* de una actuación drástica contra el consumo de tabaco por los jóvenes, sin de hecho infligir ningún daño real a las empresas tabacaleras estadounidenses ni eliminar ningún cigarrillo de producción nacional que goce de gran aceptación entre los jóvenes".[544]

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.302 Los argumentos de las partes plantean dos cuestiones principales. La primera es si es necesario que el Grupo Especial determine si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Si es necesario que lo haga, la segunda cuestión es si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

---

[534] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 327-329.
[535] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 330-342.
[536] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 334; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 79.
[537] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 335-337; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 79.
[538] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 338-341; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 80.
[539] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 114-127.
[540] Respuesta de Indonesia a la pregunta 79 del Grupo Especial, párrafos 156 y 157.
[541] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 120.
[542] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 126.
[543] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 121.
[544] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 125 (las cursivas figuran en el original).

7.303 Comenzaremos nuestro análisis exponiendo el texto del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. A continuación analizaremos si es necesario que determinemos si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Dependiendo de cuál sea nuestra conclusión, podremos continuar o no nuestro análisis de la defensa formulada por los Estados Unidos al amparo del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.304 El artículo XX del GATT de 1994 se titula "Excepciones generales". Junto con su preámbulo, el apartado b) del artículo XX dispone lo siguiente:

> "A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:
>
> ...
>
> b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales."

c) La cuestión de si es necesario que el Grupo Especial determine si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994

7.305 Como se ha explicado *supra*, la primera cuestión que hemos de considerar es si es necesario que determinemos si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

7.306 Recordamos que el Grupo Especial ha constatado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Más concretamente, hemos constatado que el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor (producto importado de Indonesia) un trato menos favorable que el otorgado a un producto similar de origen nacional (es decir, los cigarrillos mentolados).[545]

7.307 Recordamos también que, al haber llegado a esa conclusión, decidimos no examinar la alegación subsidiaria formulada por Indonesia al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994[546], por lo que no hemos formulado ninguna constatación de infracción con respecto a esta última disposición. En consecuencia, no es necesario que el Grupo Especial considere si una infracción de esa disposición podría estar justificada en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Por lo tanto, habida cuenta de nuestra decisión de no examinar la alegación de infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 formulada por Indonesia, nos abstenemos de examinar la defensa de los Estados Unidos, al amparo del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, respecto de la supuesta infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[547]

7.308 En relación con la infracción del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, los Estados Unidos han dejado claro que "no invoca[n] el artículo XX del GATT de 1994 como defensa de las

[545] Véase la sección VII.D.2 e), *supra*.
[546] Véase la sección VII.D.2 e), *supra*.
[547] Observamos que en asuntos anteriores los grupos especiales sólo han procedido a examinar si una medida está justificada en virtud de una de las excepciones generales del artículo XX cuando habían aceptado una o varias alegaciones de infracción respecto de las que se había presentado la defensa basada en el artículo XX.

alegaciones formuladas por Indonesia al amparo del *Acuerdo OTC*".[548] Dadas las circunstancias, entendemos que los Estados Unidos opinan que no es necesario que el Grupo Especial formule una constatación sobre la posibilidad de ampararse en el artículo XX para justificar la infracción de una disposición del *Acuerdo OTC*.[549]

7.309 Nuestra tarea consiste en hacer una evaluación objetiva del asunto que se nos ha sometido.[550] No nos corresponde ampliar la materia que nos ha sido presentada por las partes. Por lo tanto, no emprenderemos un análisis del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

d) Conclusión

7.310 Por estas razones, el Grupo Especial concluye que no es necesario abordar la cuestión de si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Por consiguiente, el Grupo Especial se abstiene de hacerlo.

F. LA CUESTIÓN DE SI EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC*

1. Argumentos de las partes

7.311 **Indonesia** alega que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo y el nivel de protección deseados por los Estados Unidos y es, por lo tanto, un obstáculo innecesario al comercio.[551]

7.312 Indonesia afirma que el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Se apoya en una declaración del informe de la Cámara de Representantes, conforme a la cual el artículo 907(a)(1)(A) "tiene por objeto prohibir la fabricación y venta de cigarrillos con determinados 'aromas característicos' que atraen a los jóvenes".[552] Sostiene que los "jóvenes" de que se trata son menores (es decir, personas de menos de 18 años de edad) y no, como aducen los Estados Unidos, menores y también adultos jóvenes.[553] También impugna el intento de los Estados Unidos de considerar como un segundo "objetivo" del artículo 907(a)(1)(A) la supuesta justificación de la exclusión de los cigarrillos mentolados del ámbito de aplicación de la prohibición.[554] Sin embargo, Indonesia aduce que, con independencia de que el Grupo Especial acepte la formulación del objetivo propuesta por Indonesia o la propuesta por los Estados Unidos, la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no deja de restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo, porque ambas partes incluyen la "reducción del consumo de

[548] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Grupo Especial, párrafo 159.
[549] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 79 del Grupo Especial, párrafo 160.
[550] Artículo 11 del ESD.
[551] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 73.
[552] Respuesta de Indonesia a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafos 127 y 128; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 112.
[553] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 114; declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 75; y observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 101 del Grupo Especial, párrafos 52-54.
[554] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 113; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 74. Indonesia se refiere a la declaración de los Estados Unidos conforme a la cual el segundo objetivo sería "evitar las posibles consecuencias negativas asociadas a la prohibición de productos a los que son adictos química y psicológicamente decenas de millones de adultos, habida cuenta de las consecuencias posibles pero desconocidas para la salud de los usuarios considerados individualmente o del conjunto de la población", respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 60, 100 del Grupo Especial.

tabaco entre los jóvenes" entre sus objetivos, y es en ese punto en el que falla la defensa de los Estados Unidos.[555]

7.313 Indonesia sugiere que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no tiene un objetivo "legítimo", puesto que, aduce, es una "restricción encubierta" del comercio internacional y "un lobo con la piel de cordero" de la salud pública.[556] Aclara que, aunque el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) "tal como declara" en la FSPTCA y en el informe de la Cámara de Representantes (a saber, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes) es un objetivo "legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la "medida en sí misma" es una restricción encubierta del comercio internacional.[557] Más concretamente, Indonesia afirma que los Estados Unidos no incluyeron los cigarrillos mentolados en el artículo 907(a)(1)(A) porque Philip Morris se opuso a ello, que la exclusión de los cigarrillos mentolados de la prohibición fue el resultado de una transacción política, y que la verdadera preocupación era lograr un acuerdo para aprobar la FSPTCA en el Congreso de los Estados Unidos, evitando al mismo tiempo la posible pérdida de empleos en los Estados Unidos que se derivaría de una prohibición de los cigarrillos mentolados.[558]

7.314 Indonesia sostiene que, a fin de analizar si una medida "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar su objetivo, el Grupo Especial debe guiarse por la jurisprudencia existente relativa al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.[559] Observa que todos los terceros que han tratado el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en sus comunicaciones y declaraciones ante el Grupo Especial han respaldado la conclusión de Indonesia a este respecto.[560] A juicio de Indonesia, los Estados Unidos exageran la importancia de las diferencias contextuales entre el párrafo 2 del artículo 2 y el apartado b) del artículo XX y no aportan ninguna razón convincente por la que el Grupo Especial no deba considerar las interpretaciones del apartado b) del artículo XX en su análisis del párrafo 2 del artículo 2.[561] Indonesia discrepa de los Estados Unidos en que el párrafo 2 del artículo 2 deba interpretarse de forma que incorpore la expresión "significativamente menos restrictiva del comercio" de la nota 3 al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[562] Considera, sin embargo, que la aplicación de ese criterio probablemente no tendría ninguna consecuencia práctica en el presente asunto, ya que todas las medidas alternativas que identifica serían "significativamente" menos restrictivas del comercio que la medida aplicada por los Estados Unidos.[563]

7.315 Indonesia aduce además que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" porque "excede con creces del nivel de protección que tratan de alcanzar" los Estados Unidos.[564] Afirma que el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos por medio de la FSPTCA no consiste en "una reducción drástica del número de jóvenes que fuman", sino más bien en "una reglamentación suficiente para disuadir a los adolescentes del consumo

[555] Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 81.
[556] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140; y respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial.
[557] Respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 34.
[558] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 118; respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 37; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 79.
[559] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 75-77.
[560] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 107.
[561] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 109-111; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 71.
[562] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 155; respuesta de Indonesia a la pregunta 56 del Grupo Especial, párrafo 116; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 108, 110 y 135; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 69.
[563] Respuesta de Indonesia a la pregunta 57 del Grupo Especial, párrafo 117.
[564] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 85.

de productos de tabaco, aunque sin prohibirlo".[565] Sostiene que una prohibición "es el instrumento de reglamentación más restrictivo del comercio de que se dispone, y en ciertas circunstancias puede ser la única opción para alcanzar un objetivo sanitario, por ejemplo cuando el nivel de protección necesario es la *eliminación* del riesgo".[566] Razona que, aunque en la FSPTCA no se identifica el nivel de protección que se trata de alcanzar, de las disposiciones de la ley se desprende un nivel de protección deseado muy inferior al elevado nivel que alegan los Estados Unidos.[567]

7.316 Indonesia aduce además que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" porque no hace ninguna contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.[568] Sostiene que la pregunta que el Grupo Especial debe plantear es "si prohibir los cigarrillos de clavo de olor, pero no los cigarrillos mentolados o los ordinarios, contribuye a reducir el nivel de consumo de tabaco entre los adolescentes".[569] Añade que "en gran medida, la respuesta a esa pregunta depende de si los cigarrillos de clavo de olor son más similares a los cigarrillos que fuman los adultos, que están excluidos de la prohibición, o si son más similares a los aromas de 'caramelo' concebidos y comercializados para atraer a los niños a fumar".[570] Indonesia argumenta a continuación lo siguiente: i) que los cigarrillos de clavo de olor no entrañan un riesgo para la salud mayor que el de otros cigarrillos[571]; ii) que los jóvenes no fuman cigarrillos de clavo de olor en cantidades significativas[572]; iii) que la FSPTCA no prohíbe otros productos de tabaco aromatizados que gozan de gran aceptación entre los jóvenes[573]; y iv) que los testimonios científicos disponibles demuestran que prohibir los cigarrillos de clavo de olor, pero no los cigarrillos mentolados o los cigarrillos ordinarios, no servirá de mucho para disuadir a los jóvenes de fumar.[574] Indonesia concluye que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "es improbable que tenga efecto alguno en el consumo de tabaco por los jóvenes", y ni siquiera alcanza el nivel mínimo de "hacer una contribución" al objetivo de la FSPTCA.[575] Pone de relieve que al "evaluar la cuestión de la necesidad de la medida, el Grupo Especial tendría que considerar la contribución que, si acaso, pueda hacer el artículo 907(a)(1)(A) a la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes si no se prohíben los cigarrillos mentolados y los ordinarios ".[576] Subraya que al prohibir sólo una "porción minúscula" de los cigarrillos que fuman los jóvenes, la medida no puede hacer una "contribución importante" al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, por lo que restringe el comercio más de lo necesario para cumplir ese objetivo.[577]

7.317 Indonesia sostiene que no es necesario probar que había una medida alternativa a la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor que estaba razonablemente disponible, ya que la prohibición no cumple realmente su objetivo.[578] No obstante, aduce que, incluso si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hace algún tipo de contribución al objetivo de reducir el consumo de

[565] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 84.
[566] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 85 (las cursivas figuran en el original).
[567] Respuesta de Indonesia a la pregunta 58 c) del Grupo Especial, párrafo 123; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 124.
[568] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 86 a 103.
[569] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 89.
[570] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 89.
[571] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 90 y 91.
[572] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 92-96.
[573] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 97 y 98.
[574] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 99-102.
[575] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 103.
[576] Respuesta de Indonesia a la pregunta 54 del Grupo Especial, párrafo 45.
[577] Respuesta de Indonesia a la pregunta 2 del Grupo Especial, párrafo 6; respuesta de Indonesia a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 124; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 2 y 125.
[578] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 158-162; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 84.

tabaco entre los jóvenes, sigue sin poder ser considerada "necesaria", porque hay medidas menos restrictivas del comercio que estaban razonablemente disponibles a fin de limitar la disponibilidad de cigarrillos de clavo de olor para los jóvenes.[579] A este respecto, Indonesia examina las siguientes medidas: i) las otras disposiciones del FSPTCA, que son aplicables a los cigarrillos mentolados y los cigarrillos ordinarios, concebidas para reducir la capacidad de las empresas fabricantes de cigarrillos para seguir prácticas dirigidas a atraer a los jóvenes[580]; ii) las medidas que la FSPTCA prohíbe expresamente tomar a la FDA (por ejemplo, aumentar la edad a partir de la que está permitido fumar), que reducirían significativamente el consumo de tabaco entre los jóvenes y no serían particularmente restrictivas del comercio[581]; iii) determinadas medidas que no restringen el comercio previstas en un acuerdo de avenencia de 2006 entre R.J. Reynolds y los Fiscales Generales de varios Estados en relación con nuevos productos que, según afirmaban defensores de la salud, se concibieron y comercializaron para atraer a los jóvenes[582]; iv) medidas no restrictivas del comercio adoptadas por otros países, como Australia y Singapur, para hacer frente al consumo de tabaco entre los jóvenes[583]; y v) varias medidas establecidas en el *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco*, encaminadas a impedir la venta de cigarrillos a los menores.[584] En su segunda comunicación escrita Indonesia sostiene que no tiene que demostrar que las alternativas que propone son "significativamente" menos restrictivas del comercio, porque los Estados Unidos han tomado indebidamente esa expresión de la nota 3 al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[585]

7.318 Los **Estados Unidos** sostienen que la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe ser desestimada.

7.319 En cuanto al objetivo que persigue el artículo 907(a)(1)(A), los Estados Unidos sostienen que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados "tiene por finalidad cumplir el objetivo de reducir la tasa de jóvenes que se hacen fumadores, eliminado del mercado determinados productos que resultan especialmente atractivos para los jóvenes".[586] Rechazan que, como afirma Indonesia, el objetivo de la prohibición sea reducir la incidencia del consumo de tabaco sólo entre las personas de 17 o menos años de edad, y afirman que, por el contrario, el objetivo es reducir el consumo de tabaco de todas las personas comprendidas en la "etapa de iniciación" (es decir, entre los 12 y los 26 años de edad).[587] Los Estados Unidos subrayan además que el artículo 907(a)(1)(A) tiene un segundo objetivo, que es evitar las posibles consecuencias negativas derivadas de la prohibición de productos a los que son adictos química y psicológicamente decenas de millones de adultos, habida cuenta de las consecuencias posibles pero desconocidas para la salud de los usuarios considerados individualmente o del conjunto de la población.[588] A juicio de los Estados Unidos, "Indonesia describe de manera errónea una y otra vez el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) al afirmar que consiste en 'reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes'", lo que constituye una "burda

[579] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 104-111.
[580] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.
[581] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 107.
[582] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 108.
[583] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.
[584] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.
[585] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 135.
[586] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 229.
[587] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 12 b) del Grupo Especial, párrafo 16; y respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 100 y 101 del Grupo Especial, párrafos 62 y 71-77.
[588] El Grupo Especial observa que los Estados Unidos han aducido que su posición de que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) comprende la consideración de las consecuencias negativas para la salud pública está respaldada por el propio texto del artículo 907(a)(1)(A), así como por otras disposiciones del artículo 907, como el artículo 907(b)(2). Según han explicado los Estados Unidos, el artículo 907(b)(2) exige que, antes de aprobar, revisar o revocar una norma relativa a los productos de tabaco, la FDA considere las consecuencias negativas de toda propuesta de nueva norma o de revisión o revocación de una norma vigente. Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 60 y 100 del Grupo Especial.

simplificación del objetivo del artículo 907(a)(1)(A)".[589] En opinión de los Estados Unidos, el efecto que tiene en la práctica definir el objetivo señalando que consiste simplemente en "reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes", sin considerar las posibles consecuencias negativas, es que "esa limitación puede dar lugar a que la medida se compare a un conjunto de medidas alternativas diferente".[590]

7.320 Los Estados Unidos no creen que la medida sea una "restricción encubierta" del comercio internacional.[591] A su juicio, no hay en el texto, el diseño, la arquitectura o la estructura reveladora del artículo 907(a)(1)(A) nada que apoye la alegación de Indonesia de que la medida no prohibió los cigarrillos mentolados porque una determinada empresa estadounidense se opuso a ello. En la extensa historia legislativa de la FSPTCA no hay nada que apoye la afirmación de Indonesia, y en las pruebas que ésta aporta a este respecto -un informe periodístico- simplemente se cita a un político que especula sobre su visión personal de la legislación.

7.321 En cuanto a la cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario", los Estados Unidos sostienen que la jurisprudencia relativa al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 no es pertinente en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y consideran que la opinión contraria entraña un "enfoque radical".[592] A su juicio, el Grupo Especial debe aplicar en su lugar el criterio enunciado en el párrafo 6 del artículo 5 y la nota 3 del *Acuerdo MSF*, y exigir a Indonesia que demuestre lo siguiente: i) que hay una medida alternativa que está razonablemente disponible; ii) que cumple el objetivo de la medida en el nivel que el Miembro que la impone considera adecuado; y iii) que es "significativamente" menos restrictiva del comercio.[593] Sin embargo, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos reconocen que "en la presente diferencia no parece plantearse" la cuestión de si el párrafo 2 del artículo 2 establece el criterio de que la medida deba ser "significativamente menos restrictiva del comercio".[594]

7.322 Los Estados Unidos no están de acuerdo en que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor exceda con creces del nivel de protección que pretenden alcanzar los Estados Unidos. Reconocen que si la medida en litigio "va más allá del nivel de protección elegido", una medida menos restrictiva del comercio puede cumplir igualmente el objetivo legítimo del Miembro.[595] Sin embargo, la interpretación que hace Indonesia del nivel de protección que pretenden alcanzar los Estados Unidos es errónea.[596] Habida cuenta de la larga y frustrante experiencia del Gobierno de los

[589] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 153.

[590] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafo 63.

[591] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 75; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial.

[592] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 310.

[593] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 262-265.

[594] Los Estados Unidos entienden que una parte reclamante no establece una infracción del párrafo 2 del artículo 2 probando que existe una medida alternativa que cumple el objetivo legítimo del Miembro importador en el nivel que éste considera adecuado y que es menos restrictiva del comercio, cuando esa medida es menos restrictiva sólo por un margen *de minimis*. *Véase* la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 263 (donde se cita una carta dirigida por Peter D. Sutherland, Director General del GATT, al Embajador John Schmidt, Negociador Jefe de los Estados Unidos (15 de diciembre de 1993), Estados Unidos - Prueba documental 79). Sin embargo, dado que ninguna de las medidas alternativas que Indonesia propone prohíbe el comercio de ningún tipo de cigarrillos aromatizados, los Estados Unidos consideran que "en la presente diferencia no parece plantearse" la cuestión de si el párrafo 2 del artículo 2 establece el criterio de que la medida deba ser "significativamente menos restrictiva del comercio". Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 57 del Grupo Especial, párrafo 130.

[595] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 b) del Grupo Especial, párrafo 134.

[596] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 255-257.

Estados Unidos en sus intentos por limitar el consumo de tabaco entre los jóvenes, el "alto" nivel de protección que pretenden alcanzar los Estados Unidos se pone de manifiesto en la medida aplicada: una prohibición completa.[597] El nivel al que los Estados Unidos consideran adecuado proteger la salud pública es eliminar del mercado los productos que son objeto de un consumo desproporcionado por los jóvenes, no simplemente limitar el acceso a esos productos.[598]

7.323 Los Estados Unidos sostienen que el argumento de Indonesia relativo a la existencia de una "contribución importante" al cumplimiento del objetivo es infundado.[599] Afirman que si bien esta cuestión es jurídicamente irrelevante para el análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*[600], prohibir los cigarrillos de clavo de olor constituye una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.[601] Si la medida impugnada hace o no una contribución importante debe juzgarse atendiendo a la propia medida, no comparándola con medidas alternativas.[602] La OMS ha respaldado la opinión de que los cigarrillos de clavo de olor atraen desproporcionadamente a los jóvenes, por lo que presentan la misma preocupación para la salud pública que los demás cigarrillos prohibidos por el artículo 907(a)(1)(A), y los datos del estudio de seguimiento del consumo real de cigarrillos de clavo de olor por los jóvenes confirma que, de hecho, los jóvenes con edades comprendidas en la etapa de iniciación consumen desproporcionadamente cigarrillos de clavo de olor, al igual que cigarrillos con otros aromas característicos, como los de chocolate, cereza, coco, etc.[603] Además, el hecho de que un determinado producto "de habituación", como los cigarrillos de clavo de olor, no tenga un mercado grande no altera esta apreciación; los productos que atraen desproporcionadamente a los jóvenes presentan una particular preocupación para la salud pública, sea cual sea su cuota de mercado, y la eliminación de esos productos contribuirá de forma importante a la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes.[604] Aunque cabe suponer que los Estados Unidos podrían haber concebido una medida que pretendiera eliminar o reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes en mayor medida que el artículo 907(a)(1)(A), no hay en el *Acuerdo OTC* nada que exija a los Miembros que traten de cumplir sus objetivos legítimos en la mayor medida posible, o a un determinado nivel.[605] Los Estados Unidos afirman que los cigarrillos de clavo de olor de hecho atraen a los jóvenes al consumo de tabaco.[606] A su juicio, las pruebas muestran que los cigarrillos de clavo de olor, como los cigarrillos con aroma de chocolate, vainilla y similares, son preferidos abrumadoramente por los adolescentes y los adultos jóvenes, en lugar de los adultos.[607]

7.324 Con respecto a la existencia de medidas menos restrictivas del comercio, los Estados Unidos sostienen que simplemente enumerando una serie de restricciones diferentes tomadas de otras partes de la FSPTCA, el Acuerdo de Avenencia de RJ Reynolds de 2006, las leyes de Singapur y de Australia y el CMCT, Indonesia no satisface la carga de probar que hay una medida menos restrictiva del comercio que lograría el objetivo de los Estados Unidos al nivel de protección que los Estados

[597] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 227.

[598] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 b) del Grupo Especial, párrafo 135; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 147.

[599] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 156-163.

[600] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 a) del Grupo Especial. Sin embargo, los Estados Unidos reconocen que, "[a]unque el párrafo 2 del artículo 2 no exige que la medida cumpla su objetivo, es difícil creer que una medida que es completamente incapaz de cumplir su objetivo -es decir, una medida que no hace siquiera una contribución marginal a su objetivo- pueda declararse compatible con el párrafo 2 del artículo 2".

[601] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 b) del Grupo Especial.

[602] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 b) del Grupo Especial, párrafos 82-84.

[603] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 46-49; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 b) del Grupo Especial, párrafo 85.

[604] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 b) del Grupo Especial, párrafo 86.

[605] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 161.

[606] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 245.

[607] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 249.

Unidos consideran adecuado.[608] En su segunda comunicación escrita los Estados Unidos sostienen que Indonesia sigue haciendo vagas referencias a decenas de medidas diferentes que se aplican a todos los cigarrillos, por ejemplo las restricciones publicitarias. Indonesia no aduce ninguna prueba de que alguna de esas medidas cumpla el objetivo legítimo al nivel que los Estados Unidos consideran adecuado. Por lo tanto, no ha satisfecho la carga de acreditar *prima facie* que el artículo 907(a)(1)(A) restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo legítimo.[609] Por otro lado, las medidas alternativas que Indonesia señala no cumplirían de hecho los objetivos del artículo 907(a)(1)(A) al nivel que los Estados Unidos consideran adecuado: todas ellas seguirían permitiendo que permanecieran en el mercado cigarrillos de habituación con aromas característicos de caramelo, frutas, licor, etc. Los Estados Unidos sostienen que ya imponen restricciones significativas a la publicidad, comercialización y venta de cigarrillos[610], y que muchas de las posibles medidas alternativas propuestas por Indonesia se aplican ya en los Estados Unidos.[611]

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.325 La cuestión fundamental que se nos plantea es si la prohibición impuesta por los Estados Unidos a los cigarrillos de clavo de olor[612] restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, y, por lo tanto, infringe el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.326 Hay varios puntos de discrepancia entre las partes con respecto a esta alegación. Los principales son los que se indican a continuación. En primer lugar, las partes no están de acuerdo en si Indonesia ha identificado correctamente el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. En segundo lugar, las partes al parecer no están de acuerdo en si el objetivo que persiguen los Estados Unidos con la prohibición de los cigarrillos de clavo es legítimo. En tercer lugar, las partes no están de acuerdo en si la jurisprudencia relativa al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es pertinente para la interpretación del criterio del "grado de restricción del comercio mayor del requerido" establecido en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En cuarto lugar, las partes no están de acuerdo en si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del nivel de protección que pretenden alcanzar los Estados Unidos. En quinto lugar, las partes no están de acuerdo en si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hace una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Por último, las partes no están de acuerdo en si hay medidas alternativas menos restrictivas del comercio que harían una contribución equivalente para lograr el objetivo perseguido al nivel de protección que los Estados Unidos pretenden alcanzar. A nuestro juicio, algunas de estas cuestiones están interrelacionadas en cierta medida.

7.327 Comenzaremos exponiendo el texto de la disposición jurídica en cuestión.

---

[608] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 270.

[609] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 164.

[610] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 165; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 108 del Grupo Especial, párrafo 103.

[611] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 316; segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 165; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 109 c) del Grupo Especial, párrafos 109 y 110.

[612] Tenemos presente que, como los Estados Unidos han puesto de relieve a lo largo de este procedimiento, el artículo 907(a)(1)(A) prohíbe todos los cigarrillos que tengan un aroma característico, salvo el de mentol, y no sólo los cigarrillos de clavo de olor. Véase, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 68.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.328 El párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* dispone:

> "Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos."

7.329 Observamos que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* ha sido examinado en varios informes anteriores[613] de grupos especiales y del Órgano de Apelación, aunque sólo brevemente.[614] En el asunto *CE - Amianto* el Grupo Especial observó que "los criterios consignados en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* sobre la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos son muy similares a los del artículo XX del GATT de 1994. Por lo demás, en el preámbulo del

[613] El Grupo Especial es consciente de que hay en curso otras actuaciones de grupos especiales en las que se han planteado alegaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Véanse *Estados Unidos - Atún II (México)*, WT/DS381/4, página 2; *Estados Unidos - EPO (Canadá)*, WT/DS384/8, página 2; y *Estados Unidos - EPO (México)*, WT/DS386/7, página 3. Sin embargo, en la fecha en que se dio traslado a las partes del informe provisional en esta diferencia, los informes de los grupos especiales encargados de esos otros asuntos aún no se habían distribuido.

[614] En el asunto *CE - Amianto*, el Canadá alegó que la medida en litigio era incompatible con varias disposiciones del *Acuerdo OTC*, entre ellas el párrafo 2 del artículo 2. El Grupo Especial encargado de ese asunto constató que la medida en litigio no era un "reglamento técnico", por lo que no examinó la alegación formulada por el Canadá al amparo del párrafo 2 del artículo 2. Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafos 3.1, 9.1. El Órgano de Apelación constató que la medida era un "reglamento técnico", pero declaró que no tenía una base suficiente para examinar debidamente las alegaciones del Canadá al amparo del *Acuerdo OTC*, y se abstuvo de hacerlo. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 83. En el asunto *CE - Sardinas*, el Perú solicitó que el Grupo Especial examinara primero su alegación formulada al amparo del párrafo 2 del artículo 4 del *Acuerdo OTC* y a continuación las formuladas al amparo de los párrafos 2 y 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, sólo si determinaba que el reglamento de la CE no era incompatible con el párrafo 2 del artículo 4. El Grupo Especial determinó que el reglamento de la CE era incompatible con el párrafo 2 del artículo 4 del *Acuerdo OTC*, por lo que no examinó la alegación amparada en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafos 7.14, 7.16-7.19, 7.147, 7.151 y 152. El Órgano de Apelación se abstuvo de formular una constatación en el marco del párrafo 2 del artículo 2 por la misma razón que el Grupo Especial. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafos 312 y 313. En el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, Australia formuló una alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2, pero el Grupo Especial constató que la medida en litigio no era un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*. Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.515. En el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Canadá y la Argentina presentaron alegaciones subsidiarias al amparo del *Acuerdo OTC*, incluido el párrafo 2 del artículo 2, para el caso de que se constatara que las medidas estaban abarcadas por el *Acuerdo OTC* además de por el *Acuerdo MSF*, o en lugar de por éste. El Grupo Especial constató que las medidas en litigio eran una medida sanitaria o fitosanitaria, por lo que no examinaron las alegaciones amparadas en el *Acuerdo OTC*. Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafos 7.2524, 7.2528, 7.3412, 7.3413, 8.38, 8.42-8.46, 8.53 y 8.57-8.62.

Acuerdo OTC se recogen algunos de los términos del artículo XX del GATT".[615] En el asunto *CE - Sardinas*, el Grupo Especial observó lo siguiente:

> "el párrafo 2 del artículo 2 y este texto del preámbulo afirman que corresponde a los Miembros decidir cuáles son los objetivos de política que desean perseguir y los niveles a los que desean perseguirlos. Al mismo tiempo, estas disposiciones imponen ciertos límites a la autonomía de los Miembros que deciden adoptar reglamentos técnicos: los Miembros no pueden crear obstáculos al comercio que sean innecesarios o que en su aplicación constituyan una discriminación arbitraria o injustificada o una restricción encubierta del comercio internacional. De este modo, el Acuerdo OTC, como el GATT de 1994, cuyos objetivos tiene el propósito de impulsar, otorga cierto grado de deferencia a los objetivos de política interna que los Miembros deseen perseguir. Sin embargo, el Acuerdo OTC, como el GATT de 1994, muestra menos deferencia respecto de los medios que los Miembros escogen para el logro de sus objetivos de política interna. ..."[616]

7.330 En el presente asunto, las partes coinciden en que la primera frase del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece un principio general, cuyo significado se explica y define en la segunda frase de esa misma disposición. Dicho de otra forma, las partes están de acuerdo en que la primera frase del párrafo 2 del artículo 2 no crea una obligación aparte y distinta de la que figura en la segunda.[617] No vemos razón para discrepar[618], y continuaremos nuestro análisis en el entendimiento de que efectivamente es así.

7.331 Las partes también coinciden en que recae sobre Indonesia la carga de la prueba en lo que respecta a su alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[619] A este respecto, las partes están de acuerdo en que hay una diferencia significativa entre el párrafo 2 del artículo 2 y el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.[620] De nuevo, no vemos razón para discrepar. Por lo tanto, continuaremos nuestro análisis en el entendimiento de que Indonesia debe demostrar que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor restringe el comercio más de lo necesario para cumplir un objetivo legítimo (teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo). Al mismo tiempo, las partes están de acuerdo en que no hay ninguna "norma internacional pertinente" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[621] En consecuencia, si bien recae sobre Indonesia la carga de probar una infracción del párrafo 2 del artículo 2, no partimos de una presunción refutable de que

---

[615] Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafo 8.55.

[616] Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafo 7.120.

[617] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 275; y respuesta de Indonesia a la pregunta 98 del Grupo Especial.

[618] Dado que las partes en este asunto coinciden en este punto, no es necesario que este Grupo Especial lo examine con detalle. Basta observar que la segunda frase comienza por las palabras "a tal fin", que establecen un vínculo directo entre las dos frases y dan a entender que la segunda explica el significado de la primera, y el resto de la segunda frase parece ser, conforme a sus términos, un desarrollo del concepto de obstáculo "innecesario" al comercio internacional.

[619] Véase, en general, la respuesta de Indonesia a las preguntas 4, 12 c) del Grupo Especial.

[620] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 267; declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 156; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109 (donde se cita la declaración oral de la Unión Europea en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 15).

[621] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 113; y respuestas de las partes a la pregunta 59 del Grupo Especial.

la prohibición impuesta a los cigarrillos de clavo de olor no es un obstáculo innecesario al comercio.[622]

7.332 Al parecer, las partes están de acuerdo también en que la índole del análisis que debe llevarse a cabo en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es diferente de la del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[623] Tampoco en este caso vemos razón para discrepar. Las principales cuestiones que se plantean en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en este asunto son si los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados son productos "similares" y, en tal caso, si se da a los cigarrillos de clavo de olor un "trato menos favorable" que el otorgado a los cigarrillos mentolados. La principal cuestión en el marco del párrafo 2 del artículo 2 en este asunto es si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Por lo tanto, nuestra constatación de que la medida es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 no prejuzga la respuesta a la pregunta de si la medida es compatible con el párrafo 2 del artículo 2.

7.333 Conforme a los términos del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, para ser compatible con esa disposición un reglamento técnico: i) ha de perseguir un "objetivo legítimo"; y ii) no ha de restringir el comercio más de lo "necesario" para alcanzar ese objetivo legítimo (teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo). Por consiguiente, el párrafo 2 del artículo 2 parece exigir un análisis en dos etapas. Ese análisis en dos etapas constituye el marco general en el que examinaremos las cuestiones en litigio que se han señalado *supra*.

c) La cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor persigue un objetivo legítimo

7.334 En esta sección examinamos dos cuestiones diferentes, aunque relacionadas. La primera es si Indonesia ha identificado correctamente el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. La segunda es si el objetivo perseguido por los Estados Unidos con la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es legítimo.

i) La cuestión de si Indonesia ha identificado correctamente el objetivo de la prohibición

7.335 En *Brasil - Neumáticos recauchutados* el Órgano de Apelación indicó que "comenzar[ía] por identificar el objetivo perseguido por la prohibición de las importaciones".[624] A nuestro juicio, la identificación del objetivo perseguido es el punto de partida lógico en un análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, ya que es el punto de referencia para analizar si la medida "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar su objetivo.[625]

7.336 En el presente asunto, las partes coinciden en que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor tiene por objeto reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Aunque reconocemos que en el

[622] La segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece que "[s]iempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional".

[623] Declaración de Indonesia en la primera reunión con el Grupo Especial, párrafos 132, 133 y 140; y respuesta de Indonesia a la pregunta 53 del Grupo Especial, párrafo 113. Aunque los Estados Unidos no han tratado expresamente la relación entre los párrafos 1 y 2 del artículo 2, no vemos en su argumentación nada que indique que tienen una opinión diferente a este respecto.

[624] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 144.

[625] En el contexto de un análisis en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Amianto* explicó que lo que había que preguntarse era si las medidas impugnadas eran "necesarias *para* alcanzar los objetivos propuestos". Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafo 8.182.

texto de la propia FSPTCA no se declara el objetivo del artículo 907(a)(1)(A), el Grupo Especial dispone de considerables pruebas que apoyan esa opinión. Por ejemplo, la respalda el informe de la Cámara de Representantes. Observamos que en el informe de la Cámara de Representantes se enuncian tanto los objetivos de la FSPTCA en general como del artículo 907(a)(1)(A) en particular.[626] Según se declara en el informe de la Cámara de Representantes:

> "Los objetivos [de la FSPTCA] son otorgar al Secretario debidas facultades sobre los productos de tabaco con objeto de proteger la salud pública y reducir el número de personas de menos de 18 años de edad que consumen productos de tabaco."[627]

7.337 En el informe de la Cámara de Representantes se declara el objetivo del artículo 907(a)(1)(A), a saber:

> "En consonancia con la finalidad global del proyecto de ley de proteger la salud pública, entre otras cosas reduciendo el número de niños y adolescentes que fuman cigarrillos, el artículo 907(a)(1) tiene por objeto prohibir la fabricación y venta de cigarrillos con determinados 'aromas característicos' que atraen a los jóvenes."[628]

7.338 Además, las Orientaciones de la FDA apoyan la conclusión de que el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. En ese documento se explican de la siguiente forma las razones para la promulgación del artículo 907(a)(1)(A):

> "El tabaquismo es la principal causa de muertes evitables en los Estados Unidos, y se cobra más de 400.000 vidas cada año. Una manera importante de reducir las muertes y las enfermedades causadas por el tabaquismo es impedir que los niños y los adolescentes comiencen a fumar. Algunos estudios han demostrado que la probabilidad de que se consuman cigarrillos aromatizados es tres veces mayor entre los fumadores de 17 años que entre los de más de 25 años. Los productos aromatizados, además de ser más atractivos para los jóvenes, hacen más fácil que los nuevos fumadores comiencen a fumar, ya que enmascaran el aroma desagradable del tabaco. Determinados estudios también han demostrado que los jóvenes creen que los productos de tabaco aromatizados son más inocuos que los productos de tabaco no aromatizados.
>
> Los cigarrillos aromatizados son tan adictivos y tienen los mismos tipos de efectos nocivos que los cigarrillos ordinarios. La eliminación de esos productos aromatizados del mercado es importante porque cierra una vía que los jóvenes pueden utilizar para comenzar a consumir tabaco habitualmente. El Congreso promulgó específicamente la prohibición de la venta de cigarrillos y sus partes componentes, como los filtros y los papeles, que contienen determinados aromas característicos. La eliminación del mercado de los cigarrillos que contienen determinados aromas característicos es un paso importante en los esfuerzos de la nación para reducir los casos de enfermedades y muertes causadas por productos de tabaco en virtud de la

[626] Informe de la Cámara de Representantes, 111-58, parte 1 (2009). Indonesia presentó el informe de la Cámara de Representantes como Prueba documental 2; y los Estados Unidos presentaron el mismo informe como Prueba documental 67.

[627] Estados Unidos - Prueba documental 67, página 14.

[628] Estados Unidos - Prueba documental 67, página 37.

> autoridad conferida por la FSPTCA, firmada por el Presidente Obama el 22 de junio de 2009."[629]

7.339 Sin embargo, aunque las partes coinciden en que el objetivo de la prohibición es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, discrepan en dos puntos en cuanto al objetivo del artículo 907(a)(1)(A). El primero es lo que significa "jóvenes": mientras que Indonesia entiende que "jóvenes" significa menores (es decir, personas de menos de 18 años)[630], los Estados Unidos afirman que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) es reducir el consumo de tabaco de todas las personas comprendidas en la "etapa de iniciación", que define como las edades de 12 a 26 años.[631] La segunda es si el artículo 907(a)(1)(A) tiene un solo objetivo: mientras que los Estados Unidos aducen que la exclusión de los cigarrillos mentolados del ámbito de aplicación del artículo 907(a)(1)(A) obedece a un segundo "objetivo" de la medida, que es evitar las posibles consecuencias negativas derivadas de la prohibición de productos a los que son adictos química y psicológicamente decenas de millones de adultos[632], Indonesia considera que ello guarda relación con la supuesta *justificación* de la exclusión de los cigarrillos mentolados del ámbito de aplicación de la prohibición, y no constituye un segundo "objetivo" del artículo 907(a)(1)(A).[633]

7.340 A nuestro juicio, no resulta claro que debamos resolver la discrepancia entre las partes en cuanto al objetivo exacto del artículo 907(a)(1)(A). En primer lugar, el resultado de nuestro análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no depende de que nos pronunciemos en un sentido o en otro.[634] En segundo lugar, ninguna de las partes ha explicado por qué es necesario que este Grupo Especial identifique el objetivo de una medida con tal nivel de precisión.[635]

7.341 Dicho esto, consideramos que, aunque las pruebas de que disponemos no están exentas de ambigüedad, están más en consonancia con la afirmación de Indonesia de que el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre las personas

---

[629] Orientaciones, respuesta a la pregunta 1 (Indonesia - Prueba documental 41). Véase también *FDA Advisory - Flavored Tobacco Products; What you need to know* (Consejos de la FDA - Productos de tabaco aromatizados: lo que Ud. necesita saber) (Indonesia - Prueba documental 25).

[630] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 114; declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 75; y observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 101 del Grupo Especial, párrafos 52-54.

[631] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 12 b) del Grupo Especial, párrafo 16; y respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 100 y 101 del Grupo Especial, párrafos 62 y 71-77.

[632] Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 60, 100 del Grupo Especial.

[633] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 113; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 74.

[634] Por su parte, Indonesia aduce que, tanto si el Grupo Especial acepta la formulación del objetivo propuesta por los Estados Unidos como la propuesta por Indonesia, la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor sigue restringiendo el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo, porque ambas partes incluyen "reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes" entre los objetivos de la medida, y ese es el punto en el que falla la defensa de los Estados Unidos. Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 81. Los Estados Unidos, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial en la que se les pedía que aclarasen cuáles serían en la práctica las consecuencias de definir el objetivo únicamente en relación con "reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes", sin considerar las posibles consecuencias negativas, señalan simplemente que "esa limitación puede dar lugar a un conjunto de medidas alternativas diferentes con las que comparar la medida impugnada". Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafo 63. Sin embargo, los Estados Unidos no precisan en qué forma ello daría lugar a un conjunto diferente de medidas alternativas.

[635] Observamos que los "objetivos legítimos" mencionados expresamente en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* están formulados a un nivel de generalidad alto. De hecho, definir el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) determinando que consiste en "reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes" puede ser ya más específico de lo exigido por el párrafo 2 del artículo 2, que menciona la "protección de la salud humana" en general como objetivo legítimo.

menores de 18 años. Como señala Indonesia, en el artículo 2 de la FSPTCA se enumeran 49 constataciones del Congreso de los Estados Unidos en relación con el uso del tabaco, y "[n]o menos de una cuarta parte de esas constataciones hace referencia al consumo de tabaco por 'jóvenes', 'adolescentes', 'menores', 'menores de edad' y 'menores de 18 años'".[636] Además, los pasajes del informe de la Cámara de Representantes y de las Orientaciones de la FDA citados *supra* apoyan esta opinión: en el primero se indica que uno de los objetivos globales de la FSPTCA es "reducir el número de personas de menos de 18 años de edad"[637] que consumen productos de tabaco, y que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) en particular es "reduci[r] el número de niños y adolescentes"[638] que fuman cigarrillos; en este último documento se declara que una manera importante de reducir la muerte y las enfermedades causadas por el consumo de tabaco es impedir que los "niños y adolescentes"[639] comiencen a fumar.

7.342 En cuanto a la segunda cuestión, consideramos que sería perfectamente posible, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, que un mismo reglamento técnico persiga más de un objetivo. Por otro lado, recordamos la orientación del Órgano de Apelación sobre la necesidad de examinar los reglamentos técnicos como un todo integrado, teniendo en cuenta, según corresponda, tanto las prohibiciones como sus excepciones.[640] Sin embargo, coincidimos con Indonesia en que el deseo de los Estados Unidos de evitar las posibles consecuencias negativas derivadas de la prohibición de productos a los que son adictos química y psicológicamente decenas de millones de adultos no es un "objetivo" del artículo 907(a)(1)(A) propiamente dicho, sino la supuesta justificación de la exclusión de los cigarrillos mentolados del ámbito de aplicación de la prohibición. En esencia, nos resulta difícil comprender cómo puede describirse como objetivo de un reglamento técnico la justificación de la exclusión de determinados productos del ámbito de aplicación de ese reglamento técnico.

7.343 Por estas razones, concluimos que Indonesia ha demostrado que el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes (es decir, las personas de menos de 18 años de edad). Esta conclusión servirá de punto de referencia para analizar si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo.

ii) La cuestión de si el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es "legítimo"

7.344 Habiendo determinado el objetivo que perseguían los Estados Unidos al promulgar el artículo 907(a)(1)(A), procedemos a examinar su legitimidad. Recordamos que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* dispone que los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo "legítimo", teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. En el párrafo 2 del artículo 2 se explica que tales objetivos "legítimos" son, entre otros, "los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la

---

[636] Respuesta de Indonesia a la pregunta 12 b) del Grupo Especial.

[637] Estados Unidos - Prueba documental 67, página 14.

[638] Estados Unidos - Prueba documental 67, página 37.

[639] Orientaciones, respuesta a la pregunta 1 (Indonesia - Prueba documental 41). Véase también *FDA Advisory - Flavored Tobacco Products; What you need to know* (Consejos de la FDA - Productos de tabaco aromatizados: lo que Ud. necesita saber) (Indonesia - Prueba documental 25).

[640] En el asunto *CE - Amianto*, el Grupo Especial adoptó un enfoque de interpretación en dos etapas, que consistía en examinar primero la aplicación del *Acuerdo OTC* a la "prohibición" establecida en la medida y, en segundo lugar y por separado, las "excepciones" previstas en la medida. Aplicando ese enfoque en dos etapas, el Grupo Especial concluyó en definitiva que el elemento de "prohibición" de la medida no era un "reglamento técnico", mientras que el elemento de "excepciones" sí lo era. El Órgano de Apelación concluyó que el enfoque y la conclusión del Grupo Especial constituían un error de derecho, y explicó que "la medida en cuestión ha de examinarse como un todo integrado, teniendo en cuenta, según sea procedente, los elementos prohibitivos y permisivos que forman parte de ella". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 64.

protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente". Como observó el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Sardinas*, aunque precisar los objetivos de una medida es prerrogativa del Miembro que la establezca, "los grupos especiales [...] necesitan determinar la legitimidad de esos objetivos".[641] El Órgano de Apelación respaldó esa conclusión declarando que compartía la opinión de que la segunda parte del párrafo 4 del artículo 2 "implica que se debe examinar y determinar la legitimidad de los objetivos de la medida".[642]

7.345 En el presente asunto, Indonesia sugiere que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no tiene un objetivo "legítimo", y aduce que la medida es una "restricción encubierta" del comercio internacional y un "lobo con la piel de cordero" de la salud pública.[643] Indonesia aclara que, mientras que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A), "según se enuncia" en la FSPTCA y en el informe de la Cámara de Representantes (a saber, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes), es un objetivo "legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la "medida en sí misma" es una restricción encubierta del comercio internacional.[644] Según afirma Indonesia, los Estados Unidos no incluyeron los cigarrillos mentolados en el artículo 907(a)(1)(A) porque Philip Morris se opuso a ello. Indonesia sostiene que la exclusión de los cigarrillos mentolados de la prohibición fue el resultado de una transacción política, y que la verdadera preocupación era lograr un acuerdo para la aprobación de la FSPTCA en el Congreso estadounidense, evitando al mismo tiempo la posible pérdida de empleos en los Estados Unidos derivada de la prohibición de los cigarrillos mentolados.[645]

7.346 Al ser la parte que impugna la legitimidad del objetivo identificado, recae sobre Indonesia la carga de establecer que ese objetivo no es "legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.347 Ya hemos concluido que el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Es evidente que las medidas para reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes están encaminadas a proteger la salud humana, y en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se menciona explícitamente la "protección de la salud humana" como uno de los "objetivos legítimos" comprendidos en esa disposición. En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación declaró que "el objetivo que se persigue con la medida es proteger la vida y la salud de las personas mediante la eliminación o reducción de los riesgos conocidos que entrañan para la salud y la vida de las personas las fibras de amianto. El objetivo perseguido es vital y de la máxima importancia".[646] Recordamos además que en *Brasil - Neumáticos recauchutados* el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial encargado de ese asunto en que "pocos intereses son más 'vitales' e 'importantes' que la protección de los seres humanos frente a riesgos sanitarios".[647]

7.348 Por otro lado, aunque una parte reclamante tiene libertad para tratar de demostrar que una medida no tiene un objetivo "legítimo" y que las apariencias pueden ser engañosas, el argumento de Indonesia en este asunto equivale a decir que los Estados Unidos han actuado de mala fe. En *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, el Órgano de Apelación, recordando sus anteriores informes sobre los asuntos *Estados Unidos - Camarones* y *Estados Unidos - Acero laminado en caliente*, reconoció que "existe un fundamento para que un grupo especial de solución de diferencias

---

[641] Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafo 7.121.

[642] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 286.

[643] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140; y respuesta de Indonesia a la pregunta del Grupo Especial 99.

[644] Respuesta de Indonesia a la pregunta del Grupo Especial 99, párrafo 34.

[645] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 118; respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 37; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 79.

[646] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 172.

[647] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 144 (no se reproducen las notas de pie de página).

determine, cuando proceda, si un Miembro no ha actuado de buena fe".[648] Sin embargo el Órgano de Apelación dejó claro que tales constataciones no se deben hacer a la ligera.

7.349 Por último, aun si aceptáramos, a efectos de argumentación, las aseveraciones de Indonesia -es decir, que los Estados Unidos no incluyeron los cigarrillos mentolados en el artículo 907(a)(1)(A) "porque Philip Morris se opuso a ello", que la exclusión de los cigarrillos mentolados de la prohibición fue el resultado de una "transacción política" y que "la verdadera preocupación era lograr un acuerdo para aprobar la FSPTCA en el Congreso estadounidense, evitando al mismo tiempo la posible pérdida de empleos en los Estados Unidos derivada de la prohibición de los cigarrillos mentolados"[649]- no vemos cómo nada de ello podría poner en tela de juicio la conclusión de que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor está encaminada a reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes y que ese es un objetivo legítimo. A nuestro juicio, esas aseveraciones parecen estar más relacionadas con la cuestión de si es creíble o no la justificación propuesta por los Estados Unidos para excluir los cigarrillos mentolados del ámbito de aplicación de la prohibición -a saber, supuestamente evitar las posibles consecuencias negativas derivadas de la prohibición de productos (es decir, los cigarrillos mentolados) a los que son adictos química y psicológicamente decenas de millones de adultos, debido a las consecuencias posibles pero desconocidas para la salud de los usuarios considerados individualmente o del conjunto de la población[650]-. A nuestro juicio, se trata de cuestiones distintas.[651]

7.350 Por estas razones, concluimos que Indonesia no ha demostrado que el objetivo de la prohibición no es "legítimo".

d) La cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restring[e] el comercio más de lo necesario" para alcanzar el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes

7.351 Tras haber definido el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor como la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes y haber concluido que este objetivo es legítimo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, proseguiremos ahora con la segunda etapa de nuestro análisis, que consiste en examinar si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restring[e] el comercio más de lo necesario" para alcanzar ese objetivo legítimo (teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo).

7.352 Nuestro examen se centra en cuatro cuestiones principales. La primera es si la jurisprudencia relativa al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es pertinente para la interpretación del criterio de no "restringir el comercio más de lo necesario" del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. La segunda cuestión es si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos. La tercera cuestión es si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hace una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. La cuarta cuestión es si existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que representen una contribución equivalente al logro del objetivo que se persigue, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos.

---

[648] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 297.

[649] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 118; respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 37; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 79.

[650] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Grupo Especial.

[651] No es necesario que nos pronunciemos, y no lo hacemos, sobre esta cuestión para resolver sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2.

i) La cuestión de si la jurisprudencia elaborada conforme al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es pertinente para la interpretación del criterio de no "restringir el comercio más de lo necesario" del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.353 En la presente diferencia, las partes no sólo están en desacuerdo en lo que respecta a la cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario", sino también acerca del marco jurídico adecuado para llevar a cabo ese análisis. En su primera comunicación escrita, Indonesia parte de la premisa de que el criterio elaborado en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es igualmente aplicable a la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Los Estados Unidos no están de acuerdo y lo califican de "enfoque radical".[652] A su juicio, el Grupo Especial debería aplicar en cambio el criterio elaborado por el Órgano de Apelación en el contexto del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[653]

7.354 El artículo XX del GATT de 1994 se titula "Excepciones generales". Su preámbulo y su apartado b) dicen lo siguiente:

> "A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:
>
> ...
>
> b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales."

7.355 Existe una jurisprudencia sustancial relativa a la interpretación y aplicación del apartado b) del artículo XX[654] y su preámbulo.[655]

7.356 Como antes se indicó[656], consideramos que el intérprete de un tratado no debe transponer automáticamente la jurisprudencia elaborada en el contexto de una disposición a otra disposición. Antes bien, el intérprete de un tratado debe examinar cuidadosamente cualquier diferencia en el texto, el contexto y la finalidad de las disposiciones y evaluar su sentido. A nuestro juicio, el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone este enfoque cauteloso, que también es compatible con anteriores constataciones del Órgano de Apelación.

---

[652] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 310.

[653] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 262-265.

[654] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafos 6.20-6.29; informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafos 8.184-8.223; informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 155-175; informe del Grupo Especial, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafos 7.178-7.224; informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.35-7.215, 7.375-7.380 y 7.438-7.446; informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 133-212; e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Aves de corral (China)*, párrafos 7.458-7.483.

[655] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafos 22-30; informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 7.31-7.62; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 146-186; informe del Grupo Especial, *Argentina - Pieles y cueros*, párrafos 11.309-11.331; informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafos 8.224-8.240; informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafos 5.43-5.144; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafos 111-152; informe del Grupo Especial, *CE -Preferencias arancelarias*, párrafos 7.225-7.235; informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.217-7.357 y 7.375-7.380; e informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 213-252.

[656] Véase la sección VII.D.2 c) i) *supra*.

Por ejemplo, en *Estados Unidos - Juegos de azar*, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que algunas decisiones adoptadas anteriormente en virtud del artículo XX del GATT de 1994 eran pertinentes para su análisis en el marco del artículo XIV del AGCS, pero únicamente tras examinar las diferencias y similitudes entre ambas disposiciones:

> "El artículo XIV del AGCS establece las excepciones generales de las obligaciones previstas en ese Acuerdo de la misma manera que lo hace el artículo XX del GATT de 1994. Estas dos disposiciones afirman el derecho de los Miembros de procurar los objetivos identificados en los párrafos de esas disposiciones aunque, al hacerlo, actúen de manera incompatible con las obligaciones establecidas en otras disposiciones de los respectivos acuerdos, siempre y cuando se cumplan todas las condiciones establecidas en ellas. En las dos disposiciones se utiliza una redacción similar[349], en particular el término 'necesarias' y las prescripciones establecidas en sus respectivos preámbulos. Por consiguiente, al igual que el Grupo Especial, consideramos que las decisiones adoptadas anteriormente en virtud del artículo XX del GATT de 1994 son pertinentes para nuestro análisis en virtud del artículo XIV del AGCS.
>
> [349] No obstante la similitud general del texto de estas dos disposiciones, observamos que el apartado a) del artículo XIV del AGCS autoriza expresamente a los Miembros a adoptar medidas 'necesarias para proteger la moral o mantener el orden público', mientras que la excepción correspondiente que figura en el apartado a) del artículo XX del GATT de 1994 habla de medidas 'necesarias para proteger la moral pública'. (sin cursivas en el original)"[657]

7.357 El argumento de los Estados Unidos según el cual recurrir a la jurisprudencia elaborada en relación con el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* representaría un "enfoque radical" se basa en la premisa de que dicho párrafo 2 del artículo 2 debería ser interpretado y aplicado de una manera radicalmente diferente de la manera en que se ha interpretado y aplicado el apartado b) del artículo XX. Tras examinar cuidadosamente el texto, el contexto y el objetivo del apartado b) del artículo XX y el párrafo 2 del artículo 2, disentimos.

7.358 Para empezar, el texto de la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es muy similar al que figura en el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. En realidad, cuando el "objetivo legítimo" en cuestión es, como en este caso, la "protección de la salud humana", las expresiones parecen intercambiables. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el Grupo Especial interpretó que la expresión "necesarias para proteger la salud y la vida de las personas" del apartado b) del artículo XX exigía analizar si las medidas "eran necesarias para alcanzar el objetivo de esa política" de proteger la salud y la vida de las personas.[658]

7.359 Además, el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece una relación directa con el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. A este respecto, observamos que el sexto considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC* reproduce esencialmente el texto del artículo XX del GATT de 1994.[659]

[657] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 291 y nota 349 (no se reproducen algunas notas de pie de página).

[658] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafo 6.20 (citado en el informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafo 8.169; en el informe del Grupo Especial, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafo 7.197; y en el informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.40).

[659] Véase el texto del sexto considerando del preámbulo en el párrafo 7.3 *supra*.

7.360 Por otra parte, tomamos nota de que el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Amianto* observó que "los criterios consignados en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC sobre la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos son muy similares a los del artículo XX del GATT de 1994. Por lo demás, en el preámbulo del Acuerdo OTC se recogen algunos de los términos del artículo XX del GATT. A juicio del Grupo Especial, el Acuerdo OTC constituye un desarrollo del GATT".[660] A continuación, el Grupo Especial añadió, en una nota, lo siguiente:

> "[L]os trabajos preparatorios del Acuerdo OTC realizados en la Ronda de Tokio indican que ya se entendía que el que resultase de la Ronda de Tokio sería un desarrollo de las normas existentes del GATT, en particular de su artículo XX. Véase por ejemplo, el pasaje del documento MTN/3E/W/26, de octubre de 1974, citado en el párrafo 7 del documento TRE/W/21, de 17 de enero de 1994."[661]

7.361 En nuestra opinión, las consideraciones anteriores no respaldan la opinión de que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debería interpretarse de manera radicalmente distinta del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

7.362 Además, los Estados Unidos no han señalado, de hecho, diferencias significativas entre los criterios elaborados en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 y los elaborados en el marco del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, ni ningún aspecto de la jurisprudencia sobre el apartado b) del artículo XX relacionado con la interpretación del término "necesarias" que no se pueda aplicar al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Los Estados Unidos sugieren que existen tres diferencias entre el criterio elaborado en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 y el elaborado en el marco del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. A continuación examinaremos las supuestas diferencias.

7.363 En primer lugar, los Estados Unidos indican que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, un grupo especial debe indagar si una medida que alcanza un objetivo legítimo "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar dicho objetivo, mientras que de conformidad con el artículo XX del GATT de 1994, la cuestión es si es "necesario" infringir el GATT de 1994 para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, para proteger la moral pública o para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos. Por lo tanto, según los Estados Unidos, las dos alternativas que se confrontan en el marco del párrafo 2 del artículo 2 son compatibles con las normas de la OMC, mientras que una de las alternativas que se confrontan en el marco del artículo XX del GATT de 1994 es incompatible con las normas de la OMC y la otra es compatible con ellas.[662] Si bien esta afirmación puede ser correcta en

---

[660] Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafo 8.55.

[661] Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, nota 41.

[662] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 267. Los Estados Unidos, basándose en esta diferencia entre la redacción del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 y la del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, aducen además que existe otra diferencia significativa entre estas disposiciones, a saber, que la cuestión que se plantea en el marco del apartado b) del artículo XX es si la *propia medida* es necesaria, mientras que la cuestión que se plantea en el marco del párrafo 2 del artículo 2 es si el *grado de restricción del comercio* es necesario (segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 181; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 55 del Grupo Especial, párrafo 123). Coincidimos con los Estados Unidos en que el texto del apartado b) del artículo XX se refiere a la cuestión de si la medida que restringe el comercio es necesaria para alcanzar su objetivo, mientras que el del párrafo 2 del artículo 2 se refiere a la cuestión de si el grado de restricción del comercio que entraña esa medida es necesario para para alcanzar su objetivo. Sin embargo, los Estados Unidos no han explicado por qué o cómo un análisis formulado en relación con la necesidad de la "restricción del comercio" impuesta por una medida que restringe el comercio difiere significativamente de otro análisis referente a la necesidad de esa medida que restringe el comercio. Por ejemplo, los argumentos de los Estados Unidos en la presente diferencia sugieren que un grupo especial que analiza la necesidad del *grado de restricción del comercio* que entraña una medida que restringe el comercio a

algún caso, no vemos qué relación tiene con la cuestión de si el criterio jurídico elaborado en virtud del apartado b) del artículo XX es aplicable al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Coincidimos con la Unión Europea en que:

> "Sin embargo, esta diferencia es relativamente poco importante para establecer cómo se deberían interpretar *los términos* del párrafo 2 del artículo 2. El hecho de que el artículo XX del *GATT de 1994* constituya una excepción y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* una prohibición no tiene que ver con la cuestión de *cómo* se debería interpretar el párrafo 2 del artículo 2 ni con la cuestión de la importancia de la jurisprudencia relativa al artículo XX del *GATT de 1994*. Más bien, esta diferencia 'funcional' entre las dos disposiciones afecta únicamente a la distribución de la carga de la prueba entre las partes y no al sentido de los términos de una disposición."[663]

7.364 En segundo lugar, los Estados Unidos señalan que, a diferencia de la situación prevista en el artículo XX del GATT de 1994, corresponde a la parte reclamante establecer que la medida "restringe el comercio más de lo necesario" a tenor del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[664] Esto es correcto, pero de este hecho (que el artículo XX y el párrafo 2 del artículo 2 asignan la carga de la prueba de forma diferente) no se desprende que la jurisprudencia elaborada en el contexto del apartado b) del artículo XX no pueda ofrecer orientación sobre la interpretación del criterio de no "restringir el comercio más de lo necesario" del párrafo 2 del artículo 2.

7.365 En tercer lugar, los Estados Unidos recurren a la nota 3 al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* para argumentar que el criterio correcto que se debe aplicar es si existe una medida alternativa que sea "significativamente" menos restrictiva del comercio.[665] El párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y su nota de pie de página establecen lo siguiente:

> "Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica.[3]
>
> [3] A los efectos del párrafo 6 del artículo 5, una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el

---

tenor del párrafo 2 del artículo 2 (en oposición a la necesidad de una *medida* que restringe el comercio) seguiría teniendo que examinar en qué grado hace una "contribución" esa *medida* a su objetivo. Recordamos, a este respecto, que los Estados Unidos reconocen que "aunque el párrafo 2 del artículo 2 no exige que la medida alcance su objetivo, es difícil creer que una medida que es completamente incapaz de alcanzar su objetivo -es decir, una medida que no hace siquiera una contribución marginal a su objetivo- pueda declararse compatible con el párrafo 2 del artículo 2" (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 a) del Grupo Especial).

[663] Declaración oral de la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 15.

[664] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 267.

[665] El Grupo Especial toma nota de que los Estados Unidos también sostienen que una carta dirigida en 1993 por Peter D. Sutherland, Director General del GATT, al Embajador John Schmidt, Negociador Jefe de los Estados Unidos, Estados Unidos - Prueba documental 79, brinda un apoyo adicional, como medio de interpretación complementario previsto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la posición de que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe interpretarse de forma similar al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y, concretamente, que no cabe considerar que una medida restringe el comercio más de lo necesario si no existe una medida alternativa razonablemente disponible que sea "significativamente" menos restrictiva del comercio.

> nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea *significativamente* menos restrictiva del comercio." (sin cursivas en el original)

7.366 Sin embargo, los Estados Unidos no explican en qué basan la premisa subyacente de que en el marco del apartado b) del artículo XX se aplica un criterio diferente. Desde luego, no tenemos constancia de ningún informe de un grupo especial del GATT o de la OMC ni del Órgano de Apelación que sugiera que en el marco del apartado b) del artículo XX se aplica un criterio diferente. Además, en respuesta a una pregunta formulada por el Grupo Especial, los Estados Unidos reconocen que la cuestión de si el párrafo 2 del artículo 2 entraña un criterio "significativamente menos restrictivo del comercio" "no parecería plantearse en la presente diferencia", en la que la medida impugnada es una prohibición de las importaciones, si Indonesia aportara pruebas suficientes de que existe una medida alternativa que no prohíbe su producto.[666]

7.367 Observamos asimismo que, en el contexto de una argumentación según la cual la medida estaría justificada en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 "en caso de que el Grupo Especial abordara la cuestión de las excepciones del GATT", los Estados Unidos presentan un detallado examen de la jurisprudencia relativa a esa disposición y a continuación proponen fundamentalmente los mismos argumentos que habían planteado en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por ejemplo, los Estados Unidos sostienen que, "como se examinó en la sección III.H", es decir, la sección de su primera comunicación escrita relativa al párrafo 2 del artículo 2, "el artículo 907(a)(1)(A) se promulgó para proteger la vida y la salud de las personas del riesgo que plantea el consumo de tabaco" y que "era necesario para garantizar que no se pudieran vender de ningún modo en los Estados Unidos productos que los jóvenes consumen principalmente como productos de 'iniciación' y general adicciones que duran años, problemas de salud y, posiblemente, la muerte".[667] En el contexto de su análisis del apartado b) del artículo XX, los Estados Unidos observan que, "[c]omo se explica más arriba", lo que a nuestro entender se refiere al contexto de su análisis del párrafo 2 del artículo 2, "[e]l consumo de tabaco plantea un riesgo innegable para la vida y la salud de las personas. Y está claro que, al prohibir ciertos productos que los jóvenes fumadores consumen principalmente como productos de 'iniciación', el Congreso adoptó una medida para reducir el riesgo planteado por el consumo de tabaco".[668] También en el contexto de su análisis del apartado b) del artículo XX, los Estados Unidos sostienen que, "[c]omo se ha explicado con detalle en esta comunicación, el consumo de tabaco plantea un riesgo grave para la vida y la salud de las personas, y la FSPTCA es la última de una serie de restricciones impuestas a las empresas tabacaleras con el fin de hacer frente a este riesgo".[669]

7.368 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, no nos convence el argumento de los Estados Unidos de que la jurisprudencia elaborada en el contexto del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es inaplicable al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Antes bien, coincidimos con Indonesia, así como con los terceros que se han ocupado de esta cuestión, en que la jurisprudencia elaborada en el contexto del apartado b) del artículo XX es pertinente para la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, consultaremos esta jurisprudencia en busca de orientación al examinar los argumentos de las partes relativos a la cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario".

7.369 No coincidimos con los Estados Unidos en que "ningún aspecto"[670] de la jurisprudencia sobre el apartado b) del artículo XX es aplicable a un análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2. Al mismo tiempo, no estamos diciendo que se pueda transponer en su totalidad la jurisprudencia sobre

---

[666] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 57 del Grupo Especial, párrafo 130.
[667] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 316.
[668] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 318.
[669] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 322.
[670] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 55 del Grupo Especial, párrafo 121.

el apartado b) del artículo XX al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Es posible que determinados aspectos de esta jurisprudencia no se puedan aplicar en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Más bien, consideramos que se pueden tener en cuenta algunos aspectos de la jurisprudencia sobre el apartado b) del artículo XX en el contexto de la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

ii) La cuestión de si Indonesia ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos

7.370 En la presente diferencia, ambas partes coinciden en que el "nivel de protección" deseado está directamente relacionado con la cuestión de si una medida "restringe el comercio más de lo necesario" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[671] No encontramos motivos para disentir. Aunque en el texto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no se menciona expresamente este concepto, el sexto considerando del preámbulo de dicho *Acuerdo* establece que no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas "necesarias para ... la protección de la salud y la vida de las personas ... a los niveles que considere apropiados". Además, otros grupos especiales y el Órgano de Apelación han tenido en cuenta el "nivel de protección" en el contexto del análisis de medidas adoptadas al amparo del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, a pesar de que estas palabras tampoco figuran en esa disposición. El Órgano de Apelación ha explicado, entre otras cosas, que "para que pueda ser considerada una alternativa, la medida propuesta por el Miembro reclamante no sólo debe ser menos restrictiva del comercio que la medida en litigio, sino que tiene además que ser una medida 'que mantenga para el Miembro demandado el derecho a lograr el nivel de protección que desee con respecto al objetivo perseguido'".[672]

7.371 Indonesia sostiene que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" porque "excede con creces del nivel de protección que tratan de alcanzar" los Estados Unidos.[673] Indonesia afirma que, dado que "la Ley no prohíbe la inmensa mayoría de los cigarrillos que se sabe que fuman los jóvenes", el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos por medio de la FSPTCA "no consiste en una reducción drástica del número de jóvenes que fuman", sino más bien en "una reglamentación suficiente para disuadir a los adolescentes del consumo de productos de tabaco, aunque sin prohibirlo".[674] Indonesia mantiene que la prohibición "es el instrumento de reglamentación más restrictivo del comercio de que se dispone, y en ciertas circunstancias puede ser la única opción para alcanzar un objetivo sanitario, por ejemplo cuando el nivel de protección necesario es la *eliminación* del riesgo".[675] Indonesia sostiene que, si bien la FSPTCA no establece expresamente el "nivel de protección que se trata de alcanzar", de las disposiciones de la ley se desprende un nivel de protección deseado muy inferior al elevado nivel que alegan los Estados Unidos.[676]

7.372 Los Estados Unidos reconocen que si la medida en litigio "va más allá del nivel de protección elegido", una medida menos restrictiva del comercio puede alcanzar igualmente el objetivo legítimo del Miembro.[677] No obstante, a su juicio, Indonesia no ha entendido correctamente el nivel de protección que desean los Estados Unidos.[678] Habida cuenta de la larga y decepcionante experiencia del Gobierno de los Estados Unidos al tratar de limitar el consumo de tabaco entre los jóvenes, la

[671] Respuesta de las partes a la pregunta 58 del Grupo Especial.
[672] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 156; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 308.
[673] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 85.
[674] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 84.
[675] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 85 (las cursivas figuran en el original).
[676] Respuesta de Indonesia a la pregunta 58 c) del Grupo Especial, párrafo 123; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 124.
[677] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 b) del Grupo Especial, párrafo 134.
[678] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 255-257.

medida aplicada, una prohibición absoluta, pone de manifiesto el "elevado" nivel de protección que desean los Estados Unidos.[679] El nivel que los Estados Unidos consideran apropiado para proteger la salud pública consiste en la eliminación del mercado de los productos que los jóvenes utilizan desproporcionadamente, y no en la simple restricción del acceso a esos productos.[680]

7.373 Corresponde a Indonesia, como parte que afirma que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "excede con creces del nivel de protección que tratan de alcanzar" los Estados Unidos, proporcionarnos pruebas y argumentos que muestren cuál es este nivel de protección que desean los Estados Unidos y por qué dicha prohibición excede con creces del nivel de protección deseado.

7.374 Indonesia no nos ha indicado ninguna prueba directa relativa al "nivel de protección" deseado por los Estados Unidos. Por ejemplo, no parece haber nada en el texto de la FSPTCA que establezca el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos. Sin pruebas directas relativas al nivel de protección deseado por los Estados Unidos, somos reacios a constatar que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede con creces de ese nivel de protección.

7.375 Además, en tanto que Indonesia trata de inferir[681] el nivel de protección a partir de la propia medida, no está claro que se pueda constatar que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede de este nivel de protección (o no lo alcanza). Si infiriéramos el "nivel de protección" a partir de la propia medida, el nivel de protección sería necesariamente el recogido en ésta. Por consiguiente, no está claro cómo puede la medida exceder de ese nivel de protección (o no alcanzarlo). En otras palabras, cuando el nivel de protección se infiere de la propia medida, la medida alcanza necesariamente ese nivel exacto de protección. El Órgano de Apelación parece haber aludido a este problema en el contexto del *Acuerdo MSF*. En *Australia - Salmón*, el Órgano de Apelación observó lo siguiente:

> "Deducir [es decir, inferir] el nivel adecuado de protección de la MSF en vigor equivaldría a presumir que con la medida se logra siempre el nivel adecuado de protección determinado por el Miembro."[682]

7.376 En efecto, en el presente asunto los Estados Unidos argumentan que el "elevado" nivel de protección se puede inferir de la medida aplicada, es decir, una prohibición absoluta.[683] Según los Estados Unidos, la inferencia que cabe extraer del propio artículo 907(a)(1)(A) es que el nivel de protección consiste en "eliminar del mercado"[684] los productos en cuestión.

7.377 No nos convence el argumento de Indonesia de que, dado que "la Ley no prohíbe la inmensa mayoría de los cigarrillos que se sabe que fuman los jóvenes"[685], el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos por medio de la FSPTCA es relativamente bajo y, por lo tanto, la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede de ese nivel de protección. Aunque las partes coinciden en que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor (y, en términos más generales, la FSPTCA) sólo trata de *reducir*, más que de *eliminar*, el consumo de tabaco entre los jóvenes, de ello no se desprende que al prohibir ciertos tipos de cigarrillos se excede *ipso facto* del nivel de protección deseado. No encontramos ninguna contradicción en la idea de que un Miembro pueda

---

[679] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 227.

[680] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 b) del Grupo Especial, párrafo 135; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 147.

[681] Respuesta de Indonesia a la pregunta 58 d) del Grupo Especial.

[682] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 203.

[683] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 227.

[684] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 b) del Grupo Especial, párrafo 135; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 172.

[685] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 84.

tratar de *reducir* (más que de eliminar) determinados riesgos *prohibiendo* determinados productos (pero no todos).

7.378 Por estas razones, concluimos que Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del "nivel de protección" que tratan de alcanzar los Estados Unidos.

iii) La cuestión de si Indonesia ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace una "contribución importante" al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes

Introducción

7.379 En *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación explicó que determinar si una medida es "necesaria" en el sentido del apartado d) del artículo XX del GATT de 1994 "entraña en cada caso un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores entre los que figuran principalmente la *contribución* de la medida para lograr la observancia a hacer cumplir la ley o reglamento en cuestión, la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por esa ley o reglamento y la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones".[686] En *Estados Unidos - Juegos de azar*, el Órgano de Apelación afirmó que el proceso de sopesar y confrontar inherente al análisis de la necesidad entraña una evaluación de otros factores, entre los que normalmente se incluyen "la *contribución* de la medida al logro de los fines que persigue" y "la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional".[687] En *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación manifestó que "[un]a contribución existe cuando hay una relación auténtica de fines a medios entre el objetivo perseguido y la medida en litigio".[688] No vemos nada en el texto, contexto o fin del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* que sugiera que se debería aplicar un criterio diferente en el contexto del examen de una medida para establecer si "restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo" a los efectos de dicha disposición.

7.380 Existen ciertas similitudes entre los hechos de la presente diferencia y los de *Brasil - Neumáticos recauchutados*. En ambas diferencias, la medida en litigio era una prohibición de las importaciones. En ambas diferencias, el objetivo de la medida era proteger la salud y la vida de las personas. En aquel asunto, el Órgano de Apelación explicó que "nos parece que cuando una medida produce efectos de restricción del comercio internacional tan graves como los que se derivan de una prohibición de las importaciones, sería difícil que un grupo especial constatara que esa medida es necesaria de no estar convencido de que la medida es adecuada como *contribución importante* al logro de su objetivo".[689] El Órgano de Apelación estableció una distinción entre una "contribución importante" y una contribución "marginal o insignificante".[690] En esta ocasión aplicaremos el mismo criterio y examinaremos si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor constituye una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.

[686] Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 164.
[687] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 306 (sin cursivas en el original).
[688] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 145.
[689] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 150 (sin cursivas en el original).
[690] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 150 y 210.

7.381 En la presente diferencia, Indonesia argumenta que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace ninguna contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.[691] Plantea cuatro líneas de argumentación apoyadas por pruebas de distintos tipos. Según Indonesia: i) los cigarrillos de clavo de olor no entrañan un riesgo para la salud mayor que el de otros cigarrillos[692]; ii) los jóvenes no fuman cigarrillos de clavo de olor en cantidades significativas[693]; iii) no están prohibidos otros productos de tabaco aromatizados que gozan de gran aceptación entre los jóvenes[694]; y iv) los testimonios científicos disponibles demuestran que prohibir los cigarrillos de clavo de olor no servirá de mucho para disuadir a los jóvenes de fumar.[695] Examinaremos estos argumentos en orden, recordando que corresponde a Indonesia la carga de la prueba.

La cuestión de si los cigarrillos de clavo de olor plantean un riesgo para la salud mayor que otros cigarrillos

7.382 Indonesia sostiene que no existe información científica o técnica que indique que los cigarrillos de clavo de olor plantean un riesgo para la salud mayor que los cigarrillos que no están prohibidos por la ley. A este respecto, Indonesia afirma que en las hojas informativas de la FDA se dice que los cigarrillos aromatizados plantean los mismos riesgos para la salud que los cigarrillos ordinarios y son tan adictivos como ellos. Según Indonesia, la conclusión de la FDA también la confirman varios estudios científicos que han demostrado que los efectos en la salud de fumar cigarrillos de clavo de olor son los mismos que los de fumar cigarrillos ordinarios.[696]

7.383 Según los Estados Unidos, el argumento de Indonesia de que los cigarrillos de clavo de olor no son más peligrosos que otros tipos de cigarrillos no guarda relación alguna con las prescripciones del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y pasa por alto también el artículo 907(a)(1)(A).[697]

7.384 En nuestra opinión, el argumento de Indonesia está fuera de lugar. La razón no es que las pruebas relativas al riesgo para la salud que plantea un producto no guarden, intrínsecamente, ninguna relación con las prescripciones del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Más bien, la razón es que la medida en litigio en la presente diferencia no prohíbe los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados sobre la base de que son más tóxicos que otros tipos de cigarrillos. Si el objetivo de la medida en litigio fuera prohibir los cigarrillos "más perjudiciales"[698], más "peligrosos"[699] o más "tóxicos"[700] que los cigarrillos ordinarios o mentolados[701], las pruebas que demuestran que los cigarrillos de clavo de olor no son más perjudiciales, peligrosos o tóxicos que otros cigarrillos serían muy pertinentes para establecer si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor puede hacer una contribución importante al logro de ese objetivo. Sin embargo, el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) no es ése.

7.385 Por lo tanto, no consideramos que las pruebas presentadas por Indonesia relativas a los riesgos para la salud que plantean los cigarrillos de clavo de olor en comparación con otros tipos de cigarrillos no arrojen mucha luz sobre la cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hace una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.

---

[691] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 86-103.
[692] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 90 y 91.
[693] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 92-96.
[694] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 97 y 98.
[695] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 99-102.
[696] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 90 y 91.
[697] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 274.
[698] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 6 y 35.
[699] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 6.
[700] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 6.
[701] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 90 y 91.

La cuestión de si los jóvenes fuman cigarrillos de clavo de olor en cantidades significativas

7.386 Las partes han presentado amplios argumentos relativos al número de jóvenes que fuman cigarrillos de clavo de olor, basados en su mayoría en datos de estudios.[702]

7.387 En general, Indonesia afirma que el número de jóvenes que fuman cigarrillos de clavo de olor es insignificante. Para respaldar esta afirmación, remite al Grupo Especial a diversos datos de estudios. Indonesia mantiene que, según la Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud ("NSDUH") de los Estados Unidos: i) únicamente el 0,05 por ciento de los cigarrillos que consumen los jóvenes son cigarrillos de clavo de olor, mientras que el 43 por ciento son cigarrillos mentolados y el 57 por ciento son cigarrillos ordinarios; ii) de los jóvenes que fuman, prácticamente todos fuman cigarrillos ordinarios o mentolados; iii) los fumadores de cigarrillos de clavo de olor fuman menos cigarrillos al día que los fumadores de cigarrillos mentolados u ordinarios; iv) en 2007, sólo el 0,1 por ciento de los jóvenes fumadores consumía cigarrillos de clavo de olor y en 2008 ese número se había reducido a cero.[703] Basándose en el *Western Watts Survey*, Indonesia mantiene que dos tercios de todas las personas que fuman actualmente cigarrillos de clavo de olor indicaron que habían fumado su primer cigarrillo de clavo de olor más de un año después de haber probado su primer cigarrillo, mientras que sólo el 6 por ciento indicó que su primer cigarrillo había sido de clavo de olor.[704] Indonesia también remite al Grupo Especial a otro estudio, *Monitoring the Future*, realizado en 2009, en el que se entrevistó a un total de 46.097 estudiantes de octavo, décimo y décimo segundo curso en 389 escuelas de secundaria de los Estados Unidos, y que concluyó que "la prevalencia anual del consumo de kretek no fue muy elevada en el primer año examinado (2001); después, en 2005, el consumo disminuyó aproximadamente hasta la mitad en los cursos octavo y décimo, antes de que se eliminara la pregunta de los cuestionarios correspondientes a dichos cursos".[705] Indonesia también remite al Grupo Especial a una encuesta telefónica realizada entre el 23 y el 26 de septiembre de 2010 por la *Opinion Research Corporation*, en la que el 98 por ciento de los adolescentes encuestados señalaron que nunca habían oído hablar del kretek.[706]

7.388 Los Estados Unidos sostienen que los datos de estudios realizados durante el último decenio contradicen las afirmaciones de Indonesia y demuestran que un número significativo de jóvenes fuma cigarrillos de clavo de olor. Los Estados Unidos critican el estudio del NSDUH presentado por Indonesia y facilitan datos diferentes sobre su mercado de cigarrillos. Según los Estados Unidos, los datos del NSDUH correspondientes a 2002-2003 sugieren que aproximadamente el 5 o el 6 por ciento de los jóvenes fumadores fuma cigarrillos de clavo de olor. Los Estados Unidos consideran que el estudio más fiable es la Encuesta nacional sobre el consumo de tabaco entre los jóvenes ("NYTS"), cuya conclusión es que aproximadamente el 11 por ciento de los fumadores de edades comprendidas entre los 12 y los 21 años consume cigarrillos de clavo de olor. Los Estados Unidos observan que, según un estudio realizado en 2004, el consumo de cigarrillos aromatizados era más elevado entre las personas de 17 años (el 22,8 por ciento) y de 18 a 19 años (el 21,7 por ciento), y más bajo entre los fumadores de 40 a 54 años (el 6,2 por ciento) y de 55 y más años (0,8 por ciento).[707]

7.389 A nuestro juicio, los argumentos de las partes muestran que las pruebas obtenidas a partir de estudios y presentadas al Grupo Especial pueden interpretarse de forma diferente. Sin embargo, aunque aceptáramos las cifras de Indonesia, dichas cifras no demuestran que el número de jóvenes que fuman cigarrillos de clavo de olor es insignificante.

---

[702] [Insértese una referencia a las comunicaciones y las respuestas a las preguntas]
[703] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 93 y 94.
[704] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 95.
[705] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 95.
[706] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 96.
[707] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 53.

7.390 Por el contrario, según la estimación de Indonesia, aproximadamente 6.800 menores fuman *habitualmente* cigarrillos de clavo de olor.[708] En nuestra opinión, esta cifra no es precisamente insignificante.

7.391 Además, los estudios del NSDUH en que se han basado ambas partes muestran en realidad que, incluso considerando que por "jóvenes" se entiende sólo la población menor de 18 años, los "jóvenes" siguen consumiendo cigarrillos de clavo de olor desproporcionadamente. En los estudios del NSDUH realizados en 2002 y 2003 figuraba la siguiente pregunta: "¿Ha fumado un cigarrillo de clavo de olor, entero o en parte, durante los últimos 30 días?". La Prueba documental 73 presentada por Indonesia muestra los resultados de los estudios del NSDUH correspondientes a 2002 y 2003, que indican que en el primero de esos años, el 7,3 por ciento de los fumadores menores de 18 años respondió afirmativamente a esta pregunta, mientras que sólo el 2,5 por ciento de los fumadores mayores de 18 años hizo lo propio. También indican que en 2003, el 5,8 por ciento de los fumadores menores de 18 años respondió afirmativamente a esta pregunta, mientras que únicamente el 2,2 por ciento de los fumadores mayores de 18 años respondió en el mismo sentido.

7.392 En consecuencia, no consideramos que los datos de estudios facilitados por Indonesia ofrezcan una base suficiente para determinar que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.

> La cuestión de si el hecho de que los Estados Unidos no hayan prohibido otros productos de tabaco aromatizados que tienen gran aceptación entre los jóvenes demuestra que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace ninguna "contribución importante" a la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes

7.393 Indonesia aduce que, como la FSPTCA no prohíbe otros productos de tabaco aromatizados que gozan de aceptación entre los jóvenes, en particular los cigarrillos mentolados, la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no puede hacer una contribución importante al objetivo de reducir el tabaquismo entre los jóvenes. A este respecto, Indonesia reitera que al prohibir únicamente una "porción minúscula" de los cigarrillos que fuman los jóvenes, la medida no puede hacer una "contribución importante" al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes y, por consiguiente, restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo.[709]

7.394 Observamos que no hay desacuerdo en que los jóvenes fuman cigarrillos mentolados (y ordinarios) en cantidades mucho mayores que cigarrillos de clavo de olor. Sin embargo, no consideramos que el hecho de que esos cigarrillos no estén prohibidos demuestre que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace una contribución importante a la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes.

7.395 En primer lugar, si se supone, a efectos de argumentación, que la medida, al prohibir sólo una "porción minúscula" de los cigarrillos que fuman los jóvenes, no puede hacer una contribución importante al objetivo de reducir el tabaquismo entre éstos, parece deducirse que la medida restringe el comercio *menos* de lo necesario para alcanzar su objetivo. Más concretamente, esto significaría que, para hacer una contribución importante al objetivo de reducir el tabaquismo entre los jóvenes, los Estados Unidos tendrían que prohibir más tipos de cigarrillos de los que han prohibido. No entendemos cómo se puede considerar que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe

[708] Según Indonesia, "[e]n los Estados Unidos, entre 2,2 y 2,5 millones de personas menores de 18 años fuman cigarrillos. De ellos, aproximadamente 1,1 millones (o el 43 por ciento) fuman habitualmente cigarrillos mentolados. Esto contrasta con los apenas 6.800 menores que fuman habitualmente cigarrillos de clavo de olor". Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 143.

[709] Respuesta de Indonesia a la pregunta 2 del Grupo Especial, párrafo 6; respuesta de Indonesia a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 124; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 2 y 125.

el comercio más de lo necesario" para alcanzar su objetivo sobre la base de la conclusión de que restringe el comercio *menos* de lo necesario para alcanzar su objetivo.

7.396 Además, puesto que los demás cigarrillos aromatizados prohibidos por el artículo 907(a)(1)(A) también tenían una cuota de mercado muy pequeña (desde luego, aparentemente menor que la correspondiente a los cigarrillos de clavo de olor), aceptar el razonamiento de Indonesia conduciría a la conclusión de que la prohibición de esos otros cigarrillos tampoco haría una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. En efecto, la propia Indonesia reconoce la implicación lógica de su argumento.[710]

7.397 Por otra parte, no consideramos que se pueda analizar si una medida hace una "contribución importante" a su objetivo comparándola con una medida hipotética cuya contribución al logro del objetivo es mayor. En *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación juzgó si la medida impugnada hacía una contribución importante por sí misma, y no en comparación con medidas alternativas. En el análisis del artículo XX realizado por el Órgano de Apelación, la comparación de la medida impugnada con las alternativas se llevó a cabo únicamente para confirmar que la medida era "necesaria", no para determinar el grado en que la medida contribuía a su objetivo. Se trata de una pregunta distinta, que se formula antes de comparar la medida con las alternativas.[711]

7.398 Por último, nos resulta difícil aceptar el argumento de Indonesia de que "si no es necesario prohibir los productos de tabaco que más consumen los adolescentes, no puede ser necesario prohibir los cigarrillos de clavo de olor, que se consumen muy poco"[712], es decir, que este argumento da por hecho que los Estados Unidos excluyeron del alcance de la prohibición los cigarrillos mentolados y otros productos de tabaco con gran aceptación entre los jóvenes porque no consideraban necesario prohibirlos para reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. No se ha presentado al Grupo Especial ninguna prueba de que los Estados Unidos hayan hecho nunca tal evaluación. Más bien, sostienen que el motivo para excluir del alcance de la prohibición los cigarrillos mentolados fue evitar las posibles consecuencias desfavorables de la prohibición de productos a los que decenas de millones de adultos son adictos desde el punto de vista químico y psicológico debido a las posibles pero desconocidas repercusiones en la salud de los consumidores o de la población en general.[713]

7.399 Por estas razones, no consideramos que el hecho de que los Estados Unidos no prohibieran otros productos de tabaco aromatizados con gran aceptación entre los jóvenes, en particular los cigarrillos mentolados, demuestre que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace una contribución importante a la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes.

> La cuestión de si los testimonios científicos disponibles demuestran que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no servirá de mucho para disuadir a los jóvenes de fumar

7.400 Esto nos lleva al último argumento de Indonesia, según el cual no existen testimonios científicos que demuestren que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor contribuirá a disuadir a los jóvenes de fumar. Según Indonesia, "la justificación de la prohibición de los cigarrillos aromatizados que se cita con mayor frecuencia es que incitan a los niños a fumar al incorporar aromas

[710] Respuesta de Indonesia a la pregunta 62 del Grupo Especial, párrafo 130 (donde confirma que, a su juicio, "... mientras no se prohíba el aroma de mentol, el de mayor aceptación entre los jóvenes, es difícil imaginar que se pueda considerar 'necesaria' la prohibición de otros aromas, en particular la de productos que ni siquiera estaban en el mercado cuando se adoptó la medida").
[711] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 134-155 y 156-175.
[712] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 98.
[713] Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 60 y 100 del Grupo Especial.

atractivos. Muy a menudo, se utiliza una única línea de un único estudio para respaldar esta suposición".[714]

7.401 En este punto, consideramos que las pruebas presentadas al Grupo Especial ofrecen una base sólida para llegar a una conclusión definitiva. Los testimonios de expertos en salud presentados al Grupo Especial contradicen rotundamente la afirmación de Indonesia de que no existen testimonios científicos que avalen la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor impuesta por los Estados Unidos. Los Estados Unidos han presentado varios estudios procedentes de fuentes competentes y respetadas, todos los cuales parecen llegar a la misma conclusión. En efecto, parece que existe un consenso cada vez mayor entre quienes han realizado investigaciones sobre esta cuestión que respalda la posición de los Estados Unidos sobre este asunto en concreto. En esta ocasión, no se trata de un Miembro que intenta basar una medida de salud pública en una opinión minoritaria entre la comunidad científica; se trata de una medida que refleja verdaderamente una opinión como mínimo mayoritaria, si no unánime.[715]

7.402 Por ejemplo, en un estudio realizado en 1985 por el Centro de Control de las Enfermedades (CDC) de los Estados Unidos se observa lo siguiente:

> "Aparte de los efectos perjudiciales para la salud que puede ocasionar la inhalación de eugenol y clavo de olor pirolizado, el uso de cigarrillos de clavo de olor puede estar cambiando las pautas de consumo de tabaco de los adolescentes americanos. Algunos investigadores han sugerido que el eugenol, que está presente en el humo de los cigarrillos de clavo de olor en cantidades sustanciales (4), anestesia el fondo de la garganta y la tráquea de los fumadores, lo que permite una inhalación más profunda y posiblemente fomenta el consumo de tabaco en personas a las que de otro modo la aspereza de los cigarrillos ordinarios habría disuadido."[716]

7.403 En un estudio de 1989 publicado en *The Western Journal of Medicine* se afirma lo siguiente:

> "Aparte de los estudios sobre comercialización que no se distribuyen fuera de la rama de producción, la estimación más exacta del consumo de cigarrillos de clavo de olor entre una población definida es la que extrajeron Robinson y sus colaboradores de un amplio estudio sobre el consumo de sustancias entre adolescentes de alrededor

---

[714] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 99.

[715] En el párrafo 591 de su informe en el asunto *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación aclaró la norma de examen aplicable en el contexto del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*:

> "El Órgano de Apelación ha observado que un Miembro de la OMC puede basar una medida sanitaria o fitosanitaria en *opiniones divergentes o minoritarias*, siempre que esas opiniones provengan de *fuentes competentes y respetadas*. Esto debe tenerse en cuenta al definir la norma de examen de los grupos especiales. Por consiguiente, un grupo especial que examina la compatibilidad de una medida sanitaria o fitosanitaria con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* debe, en primer lugar, identificar el fundamento científico que sirvió de base para la adopción de la medida. No es necesario que este fundamento científico refleje la *opinión mayoritaria de la comunidad científica*, y puede reflejar opiniones divergentes o minoritarias. Una vez identificado el fundamento científico en el que se basa la medida sanitaria o fitosanitaria, el grupo especial debe comprobar si el fundamento científico proviene de una *fuente respetada y competente*. Aunque no es necesario que el fundamento científico represente la opinión mayoritaria de la comunidad científica, debe tener *el rigor científico y metodológico necesario para que se considere información científica digna de crédito* ..." (sin cursivas en el original, no se reproducen las notas de pie de página).

[716] CDC, "Epidemiologic Notes and Reports Illnesses Possibly Associated with Smoking Clove Cigarettes", *MMRW Weekly*, 34(21), páginas 297-299 (31 de mayo de 1985) (Estados Unidos - Prueba documental 37), página 3 de 4.

de 16 años llevado a cabo en el norte de California, en condiciones de anonimato y sin intervención de las autoridades docentes. En el cuadro 1 se resumen sus datos. En este estudio, realizado a casi 1.300 alumnos de décimo curso fundamentalmente blancos, el 20 por ciento de los jóvenes y el 26 por ciento de las jóvenes indicaron que como mínimo habían probado los cigarrillos de clavo de olor, y un 1 por ciento aproximadamente de ellos los fumaba a diario o casi a diario. Entre los adolescentes que consumían una o más sustancias a diario, cerca del 12 por ciento fumaba cigarrillos de clavo de olor.

A falta de datos significativos, aparte de las pautas de consumo, cabe esperar que los cigarrillos de clavo de olor induzcan el hábito entre los jóvenes fumadores con mayor facilidad que los cigarrillos ordinarios. A ello contribuirían factores como el atractivo de lo exótico, el fuerte aroma y el interés de los compañeros en el producto, en especial dada la imagen inicial de los cigarrillos de clavo de olor como una alternativa saludable a los cigarrillos ordinarios. El diseño de los cigarrillos de clavo de olor es casi perfecto como cigarrillo 'de habituación' para captar fumadores jóvenes."[717]

7.404 En un estudio de 1992 publicado en esa misma revista médica se sostiene lo siguiente:

"Los cigarrillos de clavo de olor tienen un aroma suave y adormecen ligeramente la boca. El efecto es que eliminan gran parte de las experiencias desagradables del tabaquismo de los nuevos fumadores. Se les ha denominado cigarrillos 'de habituación'.

...

Igual preocupación ha causado la posibilidad de condicionar la conducta de los adolescentes por lo que respecta al consumo de tabaco. Fumar cigarrillos de clavo de olor es un hábito menos nocivo debido a su sabor aceptable y a un efecto anestésico en las membranas mucosas que disminuye la sensación desagradable. El hábito se ha asociado a muchas tendencias sociales importantes entre grupos homogéneos de adolescentes: la música *new wave*, los productos 'naturales' y a base de plantas, la actividad física (*surfing*), lo exótico (los nombres indonesios y los envases de colores brillantes) y el desconocimiento de los padres (hasta que la amplia difusión de la publicidad centró la atención en esta novedad). Por consiguiente, los cigarrillos de clavo de olor pueden tener un potencial peligroso para iniciar en el hábito a fumadores hasta entonces no experimentados."[718]

7.405 Un estudio de 1991 llevado a cabo por el Comité de abuso de sustancias de la Academia de Pediatría de los Estados Unidos y publicado en la revista *Pediatrics* llega a la siguiente conclusión:

"Cabe sospechar que los cigarrillos de clavo de olor son una droga de entrada debido a sus propiedades y a la forma en que se fuman. El eugenol contenido en los cigarrillos de clavo de olor, al actuar como anestésico local de la orofaringe posterior, reduce los elementos nocivos del consumo de tabaco. De ese modo, puede facilitar el aprendizaje de técnicas para fumar, tanto la inhalación ordinaria como la técnica de inhalación profunda utilizada para fumar marihuana. Además, el aroma y la mística

[717] Guidotti y otros, "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects", *The Western Journal of Medicine* (agosto de 1989) (Estados Unidos - Prueba documental 38), páginas 221, 225 y 226.

[718] Guidotti y Laing, "Clove Cigarettes", *The Western Journal of Medicine* (agosto de 1992) (Estados Unidos - Prueba documental 41), páginas 537 y 538.

> que rodea al uso de cigarrillos de clavo de olor los ha hecho muy populares entre los adolescentes que no utilizan drogas pero tratan de ser aceptados por grupos de usuarios de drogas de su misma edad y de participar en sus experiencias."[719]

7.406 En una publicación de 2003 del Instituto Nacional de Abuso de Drogas se afirma lo siguiente:

> "A veces se hace referencia a los cigarrillos de clavo de olor como 'cigarrillos de habituación' que pueden servir como productos 'de entrada' que introducen el consumo de tabaco entre los jóvenes. El estudio *Monitoring the Future*, realizado por el *Institute for Social Research* de la Universidad de Michigan y financiado por el *National Institute on Drug Abuse*, se ocupó del consumo de drogas, incluido el de productos de tabaco, entre estudiantes de octavo, décimo y décimo segundo curso. En 2002, la prevalencia de fumadores de cigarrillos de clavo de olor en el año anterior era del 2,6 por ciento entre los estudiantes de octavo curso, el 4,9 por ciento entre los de décimo curso y el 8,4 por ciento entre los de décimo segundo curso."[720]

7.407 En otro estudio de 2003, publicado en la revista *Pharmacology Biochemistry and Behavior*, se afirma lo siguiente:

> "De hecho, se hace referencia a los cigarrillos de clavo de olor como 'cigarrillos de habituación', dando a entender que pueden servir como productos 'de entrada' para los cigarrillos ordinarios (*Committee on Substance Abuse* de la *American Academy of Pediatrics*, 1991; Guidotti y Laing, 1992). En los Estados Unidos, un porcentaje importante de los jóvenes fumadores consume cigarrillos de clavo de olor. Una encuesta realizada en 1999 a escala nacional concluyó que, en aquel momento, el 1,9 por ciento de los estudiantes de enseñanza secundaria y el 5,8 por ciento de los de enseñanza superior fumaban cigarrillos de clavo de olor (CDCP, 2000)."[721]

7.408 En un artículo de 2005 publicado en la revista *Health Affairs* se señala lo siguiente:

> "A nivel interno, el atractivo de los cigarrillos aromatizados se ha asociado desde hace tiempo con poblaciones de consumidores concretas, en particular con los fumadores jóvenes y principiantes. Por ejemplo, el estudio sobre consumo realizado en 1984 por Brown y Williamson (B&W) reveló una notable coincidencia entre los encuestados en que los cigarrillos aromatizados gozaban de mucha mayor aceptación entre los fumadores jóvenes e inexpertos.

---

[719] *Committee on Substance Abuse*, "Hazards of Clove Cigarettes", *Pediatrics*, volumen 88 (1991) (Estados Unidos - Prueba documental 43), páginas 395 y 396 (donde se cita, entre otras publicaciones, Guidotti y otros, "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects", *The Western Journal of Medicine* (agosto de 1989)).

[720] Susan Farrer, "Alternative Cigarettes May Deliver More Nicotine Than Conventional Cigarettes", *National Institute on Drug Abuse (NIDA) Notes*, volumen 18, Nº 2 (agosto de 2003) (Estados Unidos - Prueba documental 42).

[721] Malson y otros., "Clove Cigarette Smoking: Biochemical, Physiological, and Subjective Effects", *Pharmacology Biochemistry and Behavior 74(3)*, páginas 739-745 (febrero de 2003) (Estados Unidos - Prueba documental 44), páginas 739 y 740 (donde se citan *American Academy of Pediatrics Committee on Substance Abuse*, Hazards of clove cigarettes, *Pediatrics 1991;88*; páginas 5 y 6; Guidotti TL, Laing L, Clove cigarettes, *West J Med 1992;156*, páginas 537 y 538; *Centers for Disease Control and Prevention (CDCP)*, Tobacco use among middle and high school students - United States, 1999, *Morb Mortal Weekly Rep 2000;49*, páginas 49-53).

> Los cigarrillos aromatizados pueden fomentar la iniciación en el consumo de los jóvenes y ayudar a que los jóvenes que fuman ocasionalmente lo hagan a diario, reduciendo o enmascarando la aspereza y el sabor naturales del humo de tabaco y aumentando la aceptabilidad de un producto tóxico. ... además de sensibilizar al público y tomar medidas a nivel local para hacer frente a los productos dirigidos a los jóvenes, los encargados de formular políticas deberían respaldar una legislación que prohíba a los fabricantes añadir esos aromas similares al del caramelo a los productos de tabaco."[722]

7.409 Un estudio de 2006 publicado en la *American Journal of Public Health* decía lo siguiente:

> "Hay estudios recientes que demuestran que son principalmente los jóvenes los que consumen los tres productos aromatizados. Según encuestas realizadas en 2004, hasta el 20 por ciento de los fumadores de edades comprendidas entre los 17 y los 19 años había consumido cigarrillos aromatizados en los últimos 30 días, mientras que únicamente el 6 por ciento de los fumadores mayores de 25 años había fumado uno de los tres productos aromatizados. El consumo era mayor entre los encuestados de 17 años (el 19,6 por ciento) y de 18 a 19 años (el 20,2 por ciento) y menor entre los fumadores mayores de 40 años. ... Estos datos plantean graves preocupaciones acerca de la incidencia de estos productos en el consumo de tabaco entre los jóvenes y los adultos jóvenes.
>
> Si bien coincidimos en que esos productos son en efecto atractivos para los jóvenes y se comercializan, como mínimo, pensando en ellos, en este análisis nos centraremos en la población de adultos que constituye el objetivo declarado de la industria tabacalera, principalmente adultos jóvenes, que sirven de modelo para los jóvenes. ... La selección de los adultos jóvenes puede ser percibida como doblemente beneficiosa puesto que incluye a quienes tienen entre 18 y 24 años e influye indirectamente en los adolescentes, que quizá traten de emular a sus compañeros de más edad.
>
> Aunque la polémica suscitada por estos cigarrillos aromatizados se ha centrado en gran medida en su potencial para alentar la experimentación (al tiempo que encubren el sabor del tabaco) entre los no fumadores, la iniciación en el consumo de tabaco no es la única conducta en la que pueden influir. Los productos que se analizan en este estudio ofrecen una variedad de sabores y aromas atractivos que pueden incitar a los fumadores habituales y a los que están dejando de fumar a seguir fumando, malograr las tentativas de dejar de fumar y tentar a quienes han dejado de fumar para que vuelvan a hacerlo. Estas cuestiones también han de ser estudiadas.
>
> Una disposición de la legislación propuesta recientemente sobre la reglamentación del tabaco por la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos prevé la prohibición de todos los aromas excepto el mentol en los cigarrillos. Otras políticas que exigen un envasado genérico de los productos de tabaco pueden limitar el atractivo de estos cigarrillos con envases llamativos al normalizar los envases y el diseño de los productos de tabaco de forma que sean iguales para todas las marcas.

[722] Carrie M. Carpenter y otros, "New Cigarette Brands with Flavors that Appeal to Youth: Tobacco Marketing Strategies", *Health Affairs*, volumen 24, Nº 6 (noviembre/diciembre de 2005) (Estados Unidos - Prueba documental 40), páginas 1603 y 1608 (donde se citan T.G. Sommers, "Topline: Alternate Cigarette Flavors", 18 de enero de 1984, Bates Nº 537004281-537004282, tobaccodocuments.org/bw/163368.html (23 de agosto de 2005); Wayne y Connolly, "How Cigarette Design Can Affect Youth Initiation into Smoking").

> Estas políticas no sólo protegerían a los jóvenes sino también a otros grupos vulnerables como los adultos jóvenes."[723]

7.410 En una publicación de 2006 de la Asociación de Neumología de los Estados Unidos se plantean las siguientes inquietudes:

> "Los limitados datos que existen sobre estos nuevos productos muestran que gozan de mucha más aceptación entre los fumadores más jóvenes que entre los de más edad. En 2005, investigadores del *Roswell Park Cancer Institute* de Buffalo, Nueva York, publicaron los resultados de varios estudios realizados en 2004 que demostraban que el 20 por ciento de los fumadores de edades comprendidas entre los 17 y los 19 años había fumado cigarrillos aromatizados en un período de 30 días, mientras que sólo el 6 por ciento de los fumadores mayores de 25 años lo había hecho. Asimismo, un 8,6 por ciento de los estudiantes de noveno curso del oeste del estado de Nueva York había probado los cigarrillos aromatizados en un período de 30 días.
>
> En 1985, un informe de R.J. Reynolds afirmaba lo siguiente: 'La dulzura puede conferir una dimensión de sabor diferente, a la que pueden ser receptivos los fumadores adultos más jóvenes, como demuestran sus preferencias en cuanto al sabor en otros productos'. Un informe de Brown & Williamson fechado en 1972 sugería tomar en consideración la elaboración de cigarrillos con aroma a cola y manzana. También sugería un cigarrillo de aroma dulce y afirmaba lo siguiente: 'Es bien sabido que a los adolescentes les gustan los productos dulces. Se podría tener en cuenta la miel'.
>
> Desde el punto de vista de las políticas, la solución para los cigarrillos con aroma de caramelo y otros productos de tabaco aromatizados es bastante simple. Con el fin de reducir su atractivo para los niños, habría que eliminar la mayoría de los aromas de los cigarrillos y otros productos de tabaco.
>
> Datos preliminares de un estudio indican que estos productos son mucho más atractivos para los jóvenes, lo que debería ser motivo de alarma para los encargados de formular políticas, puesto que aproximadamente el 90 por ciento de los fumadores empieza antes de los 21 años."[724]

7.411 Otro estudio de 2006, publicado en la *Journal of Agricultural and Food Chemistry*, señala que el "eugenol, un compuesto de sabor intenso presente en los cigarrillos de clavo de olor, puede actuar como anestésico y adormecer la garganta, haciendo que el humo sea más fácil de inhalar; de ahí que los cigarrillos de clavo de olor hayan sido denominados cigarrillos de habituación".[725]

---

[723] Jane Lewis y Olivia Wackowski, "Dealing with an Innovative Industry: A Look at Flavored Cigarettes Promoted by Mainstream Brands", *American Journal of Public Health*, volumen 96, Nº 2 (febrero de 2006) (Estados Unidos - Prueba documental 33), páginas 244 y 247-249.

[724] *American Lung Association*, Tobacco Policy Trend Alert, From Joe Camel to Kauai Kolada - the Marketing of Candy Flavored Cigarettes, página 1 (julio de 2005, actualizado en mayo de 2006), http://slati.lungusa.org/reports/CandyFlavoredUpdatedAlert.pdf (Estados Unidos - Prueba documental 35), páginas 2-4.

[725] Stanfill SB, Brown CR, Yan XJ, Watson CH, Ashley DL, "Quantification of Flavor-Related Compounds in the Unburned Contents of Bidi and Clove Cigarettes", *J. Agric. Food Chem*. 2006, 54, páginas 8580-8588 (Estados Unidos - Prueba documental 46), página 8581 (donde se cita Guidotti, T.L.; Binder, S.; Stratton, J.W.; Schechter, F.G.; Jenkins, R.A. Clove cigarettes: development of the fad and evidence for health effects. In *Current Topics in Pulmonary Pharmacology and Toxicology*; Hollinger, M.A., Editor, Elsevier, Nueva York, 1987, volumen 2, páginas 1-23).

7.412 Un estudio de 2007, publicado en la revista *Food & Chemical Toxicology*, concluye que "la inhalación de eugenol, un analgésico conocido, puede adormecer la garganta del fumador, lo que permite una iniciación más fácil a toda una vida de tabaquismo", y señala lo siguiente:

> "Aunque el consumo de kreteks en los Estados Unidos descendió a mediados del decenio de 1980 (Guidotti y otros, 1987), hay datos recientes que indican que sigue siendo significativo. Un estudio del CDC concluyó que un 2,7 por ciento de los estudiantes de enseñanza superior fumaba kreteks habitualmente en los Estados Unidos (Allen y otros, 2003). Otros estudios han situado el consumo de kretek durante toda la vida en una cifra tan elevada como el 8,9 por ciento (Tercyak y Audrain, 2002) y el consumo habitual en el 2,6 por ciento entre los estudiantes de enseñanza media y superior (Tercyak y Audrain, 2002; Soldz y otros, 2003). Entre los productos de tabaco alternativos, bidis (tabaco cortado, con frecuencia aromatizado, enrollado en una hoja de tendu como un cigarrillo), cigarros, kreteks y tabaco sin humo, el kretek es el segundo producto más consumido, sólo por detrás de los cigarros (Soldz y otros, 2003)."[726]

7.413 Uno de los estudios presentados por los Estados Unidos es un informe de 2007 de un Grupo de Estudio de la OMS sobre Reglamentación de los Productos de Tabaco titulado *The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation* (La base científica de la reglamentación de los productos de tabaco).[727] El Grupo de Estudio estaba compuesto por 11 expertos y contaba con el apoyo de una secretaría.[728] Se estableció de conformidad con el *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco*. El Grupo de Estudio recomienda lo siguiente: "Deberían elaborarse reglamentos que prohíban la fabricación y comercialización de productos de tabaco con aroma de caramelo y aromas exóticos destinados a los fumadores jóvenes y principiantes".[729] El Grupo de Estudio explicó que:

> "En los últimos años, los fabricantes de tabaco han modificado cualitativamente esta práctica introduciendo una serie de marcas concretas de productos de tabaco aromatizados que incluyen cigarrillos, cigarros, tabaco sin humo, kreteks (cigarrillos de clavo de olor), bidis y tabaco para pipa de agua (hookah). La producción y promoción de los productos de tabaco aromatizados en los últimos años constituye una preocupación importante en materia de salud pública. ... Los aromas pueden incitar a los jóvenes a experimentar con productos de tabaco al enmascarar la aspereza natural del humo. ... Los fumadores más jóvenes e inexpertos se sienten más inclinados a probar los cigarrillos aromatizados puesto que los aromatizantes

[726] Polzin y otros, "Determination of eugenol, anethole, and coumarin in the mainstream cigarette smoke of Indonesian clove cigarettes", *Food & Chemical Toxicology* 45(10), páginas 1948-1953 (octubre de 2007) (Estados Unidos - Prueba documental 45) (donde se citan Allen, J.A., Vallone, D., Haviland, M.L., Healton, C., Davis, K.C., Farrelly, M.C., Husten, C.G., Pechacek, T., 2003. Tobacco use among middle and high school students - United States, 2002. *MMWR* 52, páginas 1096-1098; Tercyak, K.P., Audrain, J., 2002. Psychosocial correlates of alternate tobacco produce use during adolescence. *Prevent. Med*. 35, páginas 193-198; Soldz, S., Huyser, D.J., Dorsey, E., 2003. Characteristics of users of igars, bidis, and kreteks and the relationship to cigarette use. *Prevent. Med*. 37, páginas 250-258).

[727] Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113).

[728] Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113), páginas vii y viii.

[729] Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113), página 18.

> incitantes eliminan la aspereza y las propiedades tóxicas del humo del tabaco, haciéndolo más atractivo para los fumadores principiantes.[730]
>
> ...
>
> Las investigaciones publicadas sugieren que los aditivos con aroma de caramelo constituyen un factor importante que atrae a los fumadores jóvenes e inexpertos."[731]

7.414 Las *Directrices parciales* de la OMS refuerzan nuestra opinión. Como se ha indicado más arriba[732], estas Directrices, "basadas en los *mejores datos científicos disponibles* y en la experiencia de las Partes"[733], demuestran la existencia de un consenso creciente entre la comunidad internacional sobre la conveniencia de fortalecer las políticas de control del tabaco mediante una reglamentación del contenido de los productos de tabaco, incluidos los aditivos que aumentan el atractivo y la palatabilidad de los cigarrillos. A este respecto, en las *Directrices parciales* de la OMS se afirma que "la reglamentación de los ingredientes encaminada a reducir el atractivo de los productos de tabaco puede contribuir a reducir la prevalencia del tabaquismo y la dependencia del tabaco entre los usuarios nuevos y habituales". Por consiguiente, dichas Directrices recomiendan, entre otras cosas, lo siguiente: "las Partes deberían regular, mediante prohibiciones o restricciones, los ingredientes que pueden utilizarse para aumentar la palatabilidad de los productos de tabaco".[734] Los ingredientes a los que se hace referencia son, entre otros, los utilizados para aumentar la palatabilidad y, entre los ingredientes que aumentan la palatabilidad enumerados en las *Directrices parciales* de la OMS encontramos agentes enmascaradores como el mentol, así como especias y hierbas, incluida la menta, y que podrían comprender el clavo de olor.

7.415 A nuestro juicio, las pruebas examinadas más arriba hablan por sí mismas: no es cierto, como sostiene Indonesia, que la base científica para prohibir los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados sea "una única línea de un único estudio".[735] Antes bien, hay una gran cantidad de testimonios científicos que respaldan la conclusión de que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados podría contribuir a reducir el tabaquismo entre los jóvenes.

7.416 Observamos que la conclusión resultante de los testimonios científicos examinados más arriba se ve reforzada por las pruebas en contrario presentadas por Indonesia. Nos sorprende que aparentemente Indonesia no haya sido capaz de encontrar más que un experto científico que exprese una opinión contraria, y únicamente en forma de una entrada en su propio *blog* (en lugar de una revista médica o científica revisada por homólogos).[736]

---

[730] Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113), página 26.

[731] Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113), página 100.

[732] Véanse los párrafos 7.229-7.231 *supra*.

[733] *Directrices parciales* de la OMS, sección 1.1.

[734] El texto del proyecto de Directrices, que se adoptó sin cambios en la Conferencia de las Partes, puede consultarse en línea en la siguiente dirección: http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_28draft-sp.pdf.

[735] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 99.

[736] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 102; y declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 16 (donde se citan las opiniones del Dr. Michael Siegel expresadas en su *blog* con el título "FDA Commissioner Falsely Asserts that Flavored Cigarettes are a Gateway for Teen Smoking; Representative Waxman Also Makes the Same False Claim", Dr. Michael Siegel, que puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.tobaccoanalysis.blogspot.com/, 24 de junio de 2010 (Indonesia - Prueba documental 37)).

Conclusión

7.417 Por estas razones, concluimos que Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no constituye una "contribución importante" al objetivo de reducir el tabaquismo entre los jóvenes. A nuestro juicio, hay una "relación auténtica de fines a medios" entre el objetivo perseguido y la medida en litigio.[737]

iv) La cuestión de si Indonesia ha demostrado que existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que representen una contribución equivalente al logro del objetivo, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos

7.418 En *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación explicó que, si un grupo especial constata que la medida en litigio constituye una contribución importante al logro del objetivo, la siguiente cuestión es si existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que proporcionen una contribución equivalente:

> "Para determinar si una medida es 'necesaria' en el sentido del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, un grupo especial debe evaluar todos los factores pertinentes, en especial el alcance de la contribución al logro del objetivo de una medida y el grado de restricción del comercio que implica, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o valores en juego. Si en este análisis se llega a una conclusión preliminar de que la medida es necesaria, hay que confirmar este resultado comparando la medida con las posibles alternativas a ella que puedan tener efectos menos restrictivos del comercio y proporcionen una contribución equivalente al logro del objetivo perseguido. Corresponde al Miembro reclamante identificar las posibles alternativas a la medida en litigio que el Miembro demandado podría haber adoptado."[738]

7.419 No vemos nada en el texto, contexto o fin del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* que sugiera que dicha disposición exige un enfoque diferente.

7.420 En la presente diferencia, Indonesia aduce que incluso si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hiciera una contribución al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, habría medidas menos restrictivas del comercio razonablemente disponibles para limitar el acceso de los jóvenes a los cigarrillos de clavo de olor.[739] A este respecto, Indonesia examina: i) las disposiciones de la FSPTCA aplicables a los cigarrillos mentolados y ordinarios concebidas con el fin de reducir la capacidad de las empresas fabricantes de cigarrillos para seguir prácticas dirigidas a atraer a los jóvenes[740]; ii) las medidas que la FSPTCA impide expresamente tomar a la FDA, que reducirían significativamente el consumo de tabaco entre los jóvenes y no serían particularmente restrictivas del comercio[741]; iii) determinadas medidas que no restringen el comercio previstas en un acuerdo de avenencia, alcanzado en 2006 entre R.J. Reynolds y los Fiscales Generales de varios Estados en relación con nuevos productos que, según los defensores de la salud, se concibieron y comercializaron con el fin de atraer a los jóvenes[742]; iv) medidas no restrictivas del comercio adoptadas por otros países, como Australia y Singapur, para hacer frente al consumo de tabaco entre

[737] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 145.
[738] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 156.
[739] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 104-111.
[740] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.
[741] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 107.
[742] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 108.

los jóvenes[743]; y v) varias medidas incluidas en el *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco* destinadas a impedir la venta de cigarrillos a los menores.[744]

7.421 A nuestro juicio, Indonesia no ha demostrado que existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que constituyan una contribución equivalente al logro del objetivo, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos.

7.422 Ante todo, consideramos que Indonesia no ha identificado satisfactoriamente la medida o medidas alternativas que deberían haber aplicado los Estados Unidos. En cambio, Indonesia se limita a enunciar numerosas medidas, sobre todo en forma de lista de puntos. Más concretamente, Indonesia sostiene que la sustitución de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor por las siguientes medidas menos restrictivas del comercio[745] haría una contribución equivalente al nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos:

- prohibir toda publicidad de tabaco en espacios abiertos en un radio de 1000 pies de colegios y parques infantiles[746];
- prohibir todo patrocinio por marcas de tabaco de acontecimientos deportivos y recreativos[747];
- prohibir los obsequios gratuitos de cualquier producto que no sea de tabaco con la compra de un producto de tabaco[748];
- limitar la publicidad a un texto en blanco y negro en publicaciones con un número significativo de lectores adolescentes, así como la publicidad en espacios abiertos y puntos de venta, excepto en locales exclusivos para adultos[749];
- restringir las máquinas expendedoras y los expositores de autoservicio a los locales exclusivos para adultos[750];
- exigir a los minoristas que comprueben la edad del comprador en todas las ventas directas y establecer mecanismos federales de observancia y sanciones federales para los minoristas que vendan a menores[751];
- aumentar a 19 años la edad legal para comprar productos de tabaco[752];
- restringir la venta de cigarrillos a los locales exclusivos para adultos[753];
- prohibir la utilización de términos o imágenes relacionados con frutas, golosinas o bebidas alcohólicas en el nombre de la marca, el envase, la publicidad impresa

[743] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.
[744] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.
[745] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.
[746] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.
[747] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.
[748] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.
[749] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.
[750] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.
[751] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.
[752] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 107.
[753] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 107.

(excepto en los locales exclusivos para adultos), las promociones directas por correo o correo electrónico y la publicidad en Internet[754];

- facultar a la FDA para que apruebe todas las nuevas marcas, etiquetas y envases de tabaco[755];
- prohibir prácticamente toda la publicidad de tabaco y prohibir que las empresas tabacaleras patrocinen actos[756];
- prohibir los obsequios gratuitos de artículos de promoción con la compra de productos de tabaco[757];
- limitar la exhibición de productos de tabaco[758];
- establecer prescripciones rigurosas para el envasado[759];
- exigir advertencias sanitarias[760];
- elevar las multas para los menores de edad que fumen[761];
- impedir que determinados minoristas, entre ellos las tiendas de productos relacionados con la salud, las tiendas destinadas a los jóvenes, como los salones recreativos, y las gasolineras, vendan productos de tabaco a fin de limitar el acceso de los jóvenes a estos productos[762];
- revocar la licencia a los minoristas de tabaco que vendan a menores de edad cuando cometan la primera infracción[763];
- permitir la venta de cigarritos (puritos) únicamente en paquetes de 20, en lugar de 10, para que su precio no esté al alcance de los jóvenes compradores[764];
- prohibir los cigarrillos con aroma de caramelo, pero no los de clavo de olor[765];
- prohibir la venta de productos de tabaco por cualquier medio que permita un acceso directo, como los estantes de las tiendas[766];
- prohibir la fabricación y venta de caramelos, aperitivos, juguetes o cualesquiera otros objetos con forma de productos de tabaco que atraigan a los menores[767];

[754] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 108.
[755] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 108.
[756] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.
[757] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.
[758] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.
[759] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.
[760] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.
[761] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.
[762] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.
[763] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.
[764] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.
[765] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.
[766] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.
[767] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.

- asegurar que las máquinas expendedoras de tabaco comprendidas en su ámbito de competencia no son accesibles para los menores y no fomentan la venta de productos de tabaco a los menores[768];

- prohibir la distribución gratuita de productos de tabaco al público y en particular a los menores[769]; y/o

- prohibir la venta de cigarrillos sueltos o en paquetes pequeños que los hacen más asequibles para los menores.[770]

7.423 A nuestro juicio, esa mera enumeración de dos docenas de posibles medidas alternativas no basta para establecer una presunción *prima facie*. Parece bastante claro que cada una de esas medidas sería menos restrictiva del comercio que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. El problema es que la sola enumeración, sin más, de dos docenas de medidas alternativas no demuestra que esas medidas hagan una contribución equivalente al logro del objetivo, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos. Observamos también que Indonesia no especifica si es alguna de esas medidas, una combinación de ellas o su totalidad lo que constituye la medida o medidas alternativas.

7.424 Además, cada una de las medidas alternativas que sugiere Indonesia parece acarrear un mayor riesgo de que no se alcance el objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, en comparación con la prohibición absoluta que actualmente está en vigor. Al analizar la existencia de medidas alternativas, el texto del párrafo 2 del artículo 2 nos obliga a tener en cuenta "los riesgos que crearía no alcanzar" el objetivo. Así pues, el párrafo 2 del artículo 2 indica que si un medio alternativo de alcanzar el objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes acarrea un mayor riesgo de no alcanzarlo, no puede ser una alternativa legítima. Esto es compatible con la jurisprudencia establecida en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, de conformidad con la cual la cuestión pertinente es, como se ha explicado más arriba, si existen una o más medidas alternativas que hagan una contribución "equivalente" al logro del objetivo al nivel deseado. En nuestra opinión, cuando una medida alternativa acarrea un mayor riesgo de no alcanzar el objetivo, es difícil constatar que hace una contribución "equivalente" al logro del objetivo al nivel de protección deseado.

7.425 Sin embargo, incluso si la enumeración de medidas alternativas que hace Indonesia bastara para establecer una presunción *prima facie*, consideramos que los Estados Unidos la han refutado al señalar que muchas de las medidas alternativas propuestas por Indonesia ya están en vigor en los Estados Unidos.[771] En el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Grupo Especial rechazó varias de las medidas alternativas propuestas por el reclamante en esa diferencia sobre la base de que ya se aplicaban en parte. El Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que "las posibles medidas alternativas identificadas por las Comunidades Europeas para evitar la generación de neumáticos de desecho no son alternativas que podrían 'aplicarse en sustitución' de la prohibición de las importaciones, sino que son más bien medidas complementarias que el Brasil *aplica ya, al menos en parte*".[772]

[768] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.
[769] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.
[770] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.
[771] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 316; segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 165; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 109 c) del Grupo Especial.
[772] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 159 (sin cursivas en el original).

7.426 Asimismo, consideramos que el recurso de Indonesia a medidas que no restringen el comercio para hacer frente al consumo de tabaco entre los jóvenes supuestamente adoptadas por otros países, entre ellos Australia y Singapur, está fuera de lugar. Por lo pronto, Indonesia sólo ha presentado algunas referencias selectivas a las prácticas de un número reducido de países y no ha mencionado a otros Miembros que han prohibido los cigarrillos de clavo de olor. Sin embargo, lo más importante es que no está claro que las leyes aplicadas hasta la fecha por otros países puedan servir como punto de referencia de algún tipo para los Estados Unidos o cualquier otro Miembro soberano de la OMC, particularmente cuando Indonesia no ha establecido los objetivos de esas medidas extranjeras ni el nivel al que alcanzan sus respectivos objetivos, y tampoco si los objetivos de dichas medidas son los mismos que el objetivo de los Estados Unidos ni si esos países procuran lograr ese objetivo al mismo nivel que los Estados Unidos.

7.427 Por último, aunque la prohibición de los cigarrillos aromatizados no es una de las distintas medidas previstas en el propio *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco*, recordamos que la prohibición de la venta de cigarrillos aromatizados es efectivamente una de las medidas que se recomiendan actualmente en las *Directrices parciales* de la OMS.

7.428 Por consiguiente, concluimos que Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar su objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.

e) Conclusión general sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

7.429 Comenzamos por exponer el análisis en dos etapas que realizamos para estructurar nuestro examen de la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. La primera etapa de nuestro análisis consistió en examinar si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor persigue un "objetivo legítimo". La segunda etapa consistió en examinar si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar su objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes (teniendo en cuanta los riesgos que crearía no alcanzarlo).

7.430 En la primera etapa de nuestro análisis llegamos a la conclusión de que i) Indonesia ha demostrado que el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes; y ii) el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es "legítimo". Por lo tanto, concluimos que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor persigue un "objetivo legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.431 En la segunda etapa de nuestro análisis llegamos a la conclusión de que: i) la jurisprudencia establecida en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es pertinente para la interpretación del criterio de no "restringir el comercio más de lo necesario" del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; ii) Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del "nivel de protección" que tratan de alcanzar los Estados Unidos; iii) Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace una "contribución importante" al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes; y iv) Indonesia tampoco ha demostrado que existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que hagan una contribución equivalente al logro del objetivo, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos. Así pues, concluimos que Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar su objetivo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.

7.432 Por estas razones, constatamos que Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor impuesta por el artículo 907(a)(1)(A) restringe el comercio más de lo

necesario para alcanzar el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. En consecuencia, constatamos que Indonesia no ha demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

G. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC*

1. Argumentos de las partes

7.433 **Indonesia** alega que los Estados Unidos, al no proporcionar una "respuesta completa" a las preguntas formuladas por Indonesia, que figuran en el documento G/TBT/W/323 y se refieren a la justificación del artículo 907(a)(1)(A), no han cumplido la obligación que les impone el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[773] En primer lugar, Indonesia también incluye en su alegación de infracción la supuesta omisión por los Estados Unidos de una referencia al texto de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en su respuesta oral a Indonesia en la reunión del Comité OTC celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2009.[774] No obstante, respondiendo a una pregunta del Grupo Especial, Indonesia reconoció que un Miembro no está obligado a mencionar en su respuesta todas las disposiciones del *Acuerdo OTC* para cumplir las obligaciones que le impone el párrafo 5 del artículo 2 del dicho *Acuerdo*.[775] Por consiguiente, según Indonesia, la única cuestión en litigio sometida al Grupo Especial es si los Estados Unidos ofrecieron una explicación oportuna conforme a lo que prescribe el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[776]

7.434 Según Indonesia, en dos ocasiones[777], después de que se firmara la FSPTCA pero antes de que el artículo 907(a)(1)(A) entrara en vigor (el 22 de septiembre de 2009), solicitó a los Estados Unidos que respondieran a las preguntas que figuran en el documento G/TBT/W/323[778], cuya finalidad era

---

[773] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 132.
[774] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 132.
[775] Respuesta de Indonesia a la pregunta 68 del Grupo Especial, párrafo 137.
[776] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 163; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 142.
[777] Según Indonesia, la primera ocasión fue el 20 de agosto de 2009, y la segunda el 27 del mismo mes.
[778] Las preguntas eran las siguientes:

> "En lo referente al artículo 907 de la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia, el Gobierno de Indonesia solicita también a los Estados Unidos que respondan a las siguientes preguntas:
>
> a) El artículo 907 prohíbe que los cigarrillos o cualquiera de sus componentes contengan aromatizantes naturales o artificiales (aparte del tabaco o el mentol), o hierbas o especias. ¿Por qué se ha singularizado el mentol como el único aromatizante, hierba o especia excluido de esta disposición?
>
> b) Sabemos que la producción de cigarrillos de clavo de olor constituye una importante actividad económica en Indonesia. ¿Se produce también este tipo de cigarrillos en los Estados Unidos?
>
> c) En el artículo 907 se indica además que la prohibición relativa a los aromatizantes naturales o artificiales, las hierbas o las especias será aplicable cuando se trate del 'aroma característico' del tabaco o del humo de tabaco. No obstante, en la Ley no se determina qué elementos de un cigarrillo constituyen su 'aroma característico'. ¿Cómo se propone la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos (FDA) interpretar ese concepto?
>
> d) Los cigarrillos contienen numerosos ingredientes aparte del tabaco. En lo referente al artículo 907, ¿cómo se podrán distinguir determinados 'ingredientes' de los 'aromas característicos' de un producto?
>
> e) El mentol es un aromatizante artificial derivado de la menta, que, evidentemente, es una hierba o especia. ¿Considera el legislador en los Estados Unidos que los cigarrillos

comprender por qué los Estados Unidos, con el pretexto de proteger a los adolescentes frente al hábito de fumar, iban a prohibir un tipo de cigarrillos que los adolescentes fuman en contadas ocasiones (es decir, los de clavo de olor), y no unos cigarrillos que "demandan literalmente en tropel" (es decir, los mentolados).[779] Indonesia explica que su alegación al amparo del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no consiste en que los Estados Unidos no respondieran a todas las preguntas planteadas.[780] Indonesia argumenta que cuando les solicitó que explicaran la "justificación" del artículo 907(a)(1)(A), los Estados Unidos estaban obligados por el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* a señalar los testimonios científicos o de otra índole que respaldaban la adopción de la medida.[781] Indonesia sostiene que el hecho de que se le informara de que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) es proteger la salud pública y, en particular, la de los jóvenes estadounidenses, confirma, como mucho, el objetivo de la política, pero no arroja luz sobre la propia medida ni aporta "información científica o técnica" sobre los riesgos que crearía no alcanzar ese objetivo.[782]

7.435 Indonesia sostiene que nunca recibió una respuesta completa de los Estados Unidos que no fuera que no iban a revocar la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor y que habían identificado varios riesgos para la salud de las personas asociados con los cigarrillos de clavo de olor.[783] Indonesia aduce que los Estados Unidos reconocen que les solicitó que explicaran la justificación del artículo 907(a)(1)(A) en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[784]

---

mentolados estarían comprendidos en las disposiciones del artículo 907 y se habrían prohibido de no ser por la excepción prevista en la ley?

f) Desde un punto de vista de la composición, tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados contienen tabaco con un aditivo aromatizante a base de hierbas con propiedades tranquilizantes. El uso final de ambos tipos de cigarrillos es el mismo: fumar tabaco. En opinión de los Estados Unidos, ¿son los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados productos similares?

g) Una de las principales finalidades de la ley, según se establece en sus considerandos, es reducir la incidencia del consumo de tabaco entre los jóvenes. En los considerandos se indica también que es necesario regular más estrictamente los productos del tabaco y su comercialización para impedir que los jóvenes menores de edad adquieran cigarrillos. No obstante, sabemos que son muchos más los jóvenes que fuman cigarrillos mentolados que los que fuman cigarrillos de clavo de olor. ¿Conocen datos en contrario que indiquen que los jóvenes consumen más cigarrillos de clavo de olor que cigarrillos mentolados?

h) La OMC permite que los Miembros adopten medidas para proteger la salud humana, pero esas medidas deben basarse en sólidos principios científicos. ¿Tienen conocimiento de algún estudio científico que revele que los cigarrillos de clavo de olor representan un mayor riesgo para la salud que los cigarrillos mentolados?

i) Varios de los otros cigarrillos aromatizados que se prohibirían en virtud del artículo 907 (por ejemplo, de cereza, fresa, chocolate) se crearon y se comercializan para atraer a los jóvenes. Los cigarrillos de clavo de olor se han vendido durante decenios, y su comercialización no está dirigida a los jóvenes. Se venden principalmente en estancos especializados. ¿Conocen algún anuncio específico de cigarrillos de clavo de olor que se haya considerado como publicidad dirigida los jóvenes o especialmente llamativa para los jóvenes?

j) En virtud del artículo 907 se prohíben los cigarrillos aromatizados distintos de los mentolados. Los cigarrillos mentolados serán objeto de estudio y regulación por la FDA. ¿Por qué se tienen que prohibir otros aromatizantes, pero sólo es necesario estudiar y regular los cigarrillos mentolados?".

[779] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 130.

[780] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 165.

[781] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 169.

[782] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 168; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145; y respuesta de Indonesia a la pregunta 68 del Grupo Especial, párrafo 138.

[783] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 130 y 131.

[784] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 163.

7.436 Indonesia mantiene que "no puede ser justo" que un Miembro cumpla la obligación que le impone el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* "indicando sencillamente a un Miembro que lea la medida para la cual se solicita una explicación y una justificación".[785] Según Indonesia, si esto fuera así, el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* quedaría en gran medida desprovisto de sentido.[786] Indonesia argumenta que ni la FSPTCA ni sus antecedentes legislativos ofrecen las pruebas científicas y de otra índole que reclamaba.[787]

7.437 Indonesia aduce que el artículo 907(a)(1)(A) ha tenido un efecto significativo en su comercio, puesto que más de 6 millones de indonesios dependen de la producción de cigarrillos de clavo de olor, y que únicamente en 2008 exportó cigarrillos de clavo de olor a los Estados Unidos por un valor superior a los 15 millones de dólares.[788] Indonesia sostiene que le perjudicó el hecho de que los Estados Unidos no explicaran la justificación del artículo 907(a)(1)(A) porque menoscabó su capacidad de presentar una réplica basada en hechos ante cualquier preocupación específica relacionada con los cigarrillos de clavo de olor durante el proceso legislativo.[789] A juicio de Indonesia, no conocer las justificaciones científicas o técnicas de la medida ni las opiniones de los Estados Unidos sobre los riesgos que crearía no cumplir la medida no le dejó más opción que conjeturar cuáles podrían ser esas preocupaciones. Indonesia argumenta que la negativa de los Estados Unidos a proporcionar información de conformidad con el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* da la impresión de que esa información no existe. Indonesia "sospecha" que si los Estados Unidos tuvieran información que indicara que los cigarrillos de clavo de olor incitan a los jóvenes a fumar en cantidades significativas, estarían más que dispuestos a compartirla.[790]

7.438 Los **Estados Unidos** sostienen que Indonesia nunca ha invocado el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, ni ha solicitado una explicación o una justificación del artículo 907(a)(1)(A) a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 2.[791] Por lo tanto, para los Estados Unidos "no es sorprendente" que, en respuesta a la solicitud por Indonesia de una explicación, no hicieran referencia a esas disposiciones.[792] Además, los Estados Unidos sostienen que, en contra de lo que afirma Indonesia, han explicado plenamente la justificación del artículo 907(a)(1)(A)[793], y que Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos han actuado de forma incompatible con la obligación prescrita en la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[794]

---

[785] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 170.

[786] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 170; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145.

[787] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 170.

[788] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 129.

[789] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145; y respuesta de Indonesia a la pregunta 70 del Grupo Especial.

[790] Respuesta de Indonesia a la pregunta 70 del Grupo Especial, párrafo 143.

[791] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 87.

[792] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 87.

[793] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 282 y 283.

[794] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 285. El acta de la reunión del Comité OTC celebrada en noviembre de 2009 dice lo siguiente:

> "El representante de los Estados Unidos indica que su país no va a revocar la prohibición relativa a los cigarrillos de clavo de olor, dada la gran prioridad que atribuye la Administración Obama a la protección de la salud de los estadounidenses, especialmente los jóvenes. Las autoridades sanitarias de los Estados Unidos apoyan esa prohibición para proteger la salud pública. Los cigarrillos de clavo de olor son especialmente atractivos para los jóvenes y representan un 'producto de iniciación' que puede conducir a la utilización de cigarrillos normales. Subraya en particular que los cigarrillos de clavo de olor hacen que sea más fácil para los nuevos fumadores empezar a fumar al encubrir la aspereza del humo del

7.439 Los Estados Unidos aducen que el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* sólo obliga a un Miembro a explicar su justificación de un reglamento técnico cuando otro Miembro pregunta por la medida, y no exige al Miembro demandado que responda a "cada pregunta concreta detallada" que se le plantee, incluidas preguntas que no guardan relación con los párrafos 2, 3 o 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[795] Según los Estados Unidos, Indonesia también se equivoca al mantener que el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige a los Miembros importadores que ofrezcan, en esencia, "un análisis jurídico completo" de cada elemento y proporcionen al Miembro exportador toda la información científica conexa.[796]

7.440 Los Estados Unidos sostienen que han cumplido lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* al explicar a Indonesia los objetivos y la justificación del artículo 907(a)(1)(A) al menos en tres ocasiones. Recuerdan que, para cumplir su obligación, mantuvieron en primer lugar conversaciones bilaterales con Indonesia en Ginebra el 27 de agosto de 2009. La semana siguiente a la celebración de esa reunión, las autoridades estadounidenses se reunieron de nuevo con el Embajador de Indonesia para examinar las preocupaciones de ese país durante una reunión de Ministros de Comercio que tuvo lugar en la India. Por último, las delegaciones de los respectivos países examinaron otra vez esta cuestión en la reunión del Comité OTC celebrada en noviembre de 2009.[797] En opinión de los Estados Unidos, en el acta de esa reunión[798] figura la indicación del representante de los Estados Unidos en el sentido de que, dada la gran prioridad que atribuye la Administración Obama a la protección de la salud de los estadounidenses (especialmente los jóvenes), no se iba a revocar la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. Aducen que, como explicaron en la reunión, los cigarrillos de clavo de olor son especialmente atractivos para los jóvenes y constituyen un "producto de iniciación" que podría inducir al consumo de cigarrillos ordinarios. En particular, los cigarrillos de clavo de olor hacen que sea más fácil para los nuevos fumadores empezar a fumar. Los Estados Unidos también aducen que, en esa reunión, su representante explicó que las pruebas existentes señalan que los cigarrillos de clavo de olor pueden entrañar una serie de riesgos adicionales para la salud con respecto a los cigarrillos ordinarios.[799]

7.441 Además, los Estados Unidos afirman que en los primeros artículos de la FSPTCA se ofrece una justificación completa de la medida, que se complementa también con sus antecedentes

---

cigarrillo y, al igual que otros aromas frutales prohibidos, pueden facilitar la transición a la adicción. Las pruebas indican asimismo que los cigarrillos de clavo de olor pueden entrañar una serie de riesgos para la salud adicionales con relación a los cigarrillos convencionales. En relación con la alegación de discriminación, el representante de los Estados Unidos indica que existen diferencias sustanciales entre los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados -en cuanto a consumo, pautas de uso y epidemiología- que hacen que no sean comparables ambos casos. Señala que la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos de los Estados Unidos ha establecido un Comité Consultivo Científico que prestará asistencia en la realización de estudios adicionales sobre los cigarrillos mentolados antes de decidir una medida sanitaria pública apropiada. Su delegación está dispuesta a seguir examinando la cuestión con Indonesia, con el fin de que los organismos de reglamentación de dicho país puedan comprender mejor el fundamento científico de la medida adoptada por los Estados Unidos."

Comité OTC, *Acta de la reunión celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2009*, G/TBT/M/49, párrafo 7 (diciembre de 2009). Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 281.

[795] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 279. Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 87.

[796] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 88.

[797] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 280.

[798] Comité OTC, *Acta de la reunión celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2009*, G/TBT/M/49, párrafo 7 (diciembre de 2009).

[799] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 281.

legislativos.[800] Según los Estados Unidos, la explicación de la FSPTCA, sus fines y sus antecedentes legislativos se pueden y se han podido consultar fácilmente.[801] Los Estados Unidos mantienen que Indonesia se equivoca al sostener que el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* quedaría en gran medida desprovisto de sentido si la explicación que se ofrece en el texto de la propia medida y los antecedentes legislativos del artículo 907(a)(1)(A) se pudieran tener en cuenta al evaluar si un Miembro ha satisfecho la obligación que le impone el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[802] Aducen que el hecho de que gran parte de la información que Indonesia afirma necesitar se pudiera "consultar fácilmente entonces" -y, "sin duda, Indonesia la examinó"- "es ciertamente pertinente" para la alegación de Indonesia.[803]

7.442 Los Estados Unidos sostienen que Indonesia se equivoca al alegar que ha sido perjudicada.[804] Según los Estados Unidos, Indonesia tuvo amplias oportunidades de manifestar sus puntos de vista ante los funcionarios públicos estadounidenses y, por lo que saben los Estados Unidos, las aprovechó plenamente. Los Estados Unidos aducen que el texto del artículo 907(a)(1)(A) permaneció básicamente inalterado desde que se redactó en 2004, y que era bien sabido desde hacía algún tiempo que su finalidad básica era en parte eliminar aquellos productos que atraen a los jóvenes. Sostienen que si Indonesia consideraba que faltaban testimonios científicos que justificasen la prohibición, tuvo la oportunidad de presentar argumentos basados en hechos sobre esta cuestión.[805]

7.443 Por lo tanto, los Estados Unidos no conceden a la alegación presentada por Indonesia al amparo del párrafo 5 del artículo 2 más valor que el de una expresión de descontento de Indonesia por la explicación que ofrecieron los Estados Unidos.[806]

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.444 Por consiguiente, la cuestión que se ha sometido al Grupo Especial es si los Estados Unidos no han explicado, a petición de Indonesia, la justificación del artículo 907(a)(1)(A) a tenor de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, como prescribe el párrafo 5 del artículo 2 de dicho Acuerdo. En opinión de Indonesia, la única cuestión en litigio sometida al Grupo Especial a este respecto es si los Estados Unidos ofrecieron una explicación oportuna conforme a lo que prescribe el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[807]

7.445 Como sucede con otras disposiciones en la presente diferencia, nos encontramos ante una cuestión que no se ha tratado con anterioridad, ya que no existen informes previos del Órgano de Alegación o de grupos especiales en los que se haya interpretado el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por lo tanto, comenzaremos por examinar la disposición jurídica en cuestión para determinar el criterio jurídico aplicable.

---

[800] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 282 y 283.
[801] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 85.
[802] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 89 y 90.
[803] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 90.
[804] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 86.
[805] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 91.
[806] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 284.
[807] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 163; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 142.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.446 El párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece lo siguiente:

> "Todo Miembro que elabore, adopte o aplique un reglamento técnico que pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros explicará, a petición de otro Miembro, la justificación del mismo a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del presente artículo. Siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional."

7.447 Observamos que el párrafo 5 del artículo 2 se compone de dos frases: una primera frase relativa a la explicación que debe dar un Miembro, a petición de otro, sobre la justificación de sus reglamentos técnicos; y una segunda frase que establece una presunción, a reserva de impugnación, de cumplimiento de la primera frase del párrafo 2 del artículo 2, por lo que respecta a los reglamentos técnicos elaborados, adoptados o aplicados para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2 de dicho artículo y que estén en conformidad con las normas internacionales pertinentes. La alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se refiere solamente a la primera frase.

7.448 En consecuencia, la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* obliga a todo Miembro que elabore, adopte o aplique un reglamento técnico que pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros a explicar, a petición de otro Miembro, la justificación del mismo a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.449 Observamos que la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* consta de cuatro elementos que han de estar presentes: i) que el Miembro en cuestión "elabore, adopte o aplique un reglamento técnico"; ii) que la medida "pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros"; iii) que exista una "petición de otro Miembro"; y iv) que el Miembro en cuestión "explicará la justificación [de ese reglamento técnico] a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4" del artículo 2.

7.450 A nuestro juicio, más que seguir el orden en que aparecen esos elementos en la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la cuestión previa a que debemos responder es si efectivamente Indonesia *pidió* a los Estados Unidos que explicaran la justificación del artículo 907(a)(1)(A) a tenor de las disposiciones de los párrafos 2-4, *de conformidad* con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Desde luego, sin dicha petición, no habría lugar a la obligación de explicar la justificación del artículo 907(a)(1)(A).

c) La cuestión de si Indonesia pidió a los Estados Unidos que ofrecieran una explicación del artículo 907(a)(1)(A) de conformidad con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

7.451 Por lo tanto, comenzaremos nuestro análisis examinando en primer lugar si Indonesia ha pedido a los Estados Unidos que expliquen la justificación del artículo 907(a)(1)(A) de conformidad con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.452 Indonesia aduce que planteó preguntas a los Estados Unidos en dos ocasiones después de que se firmara la FSPTCA pero antes de que el artículo 907(a)(1)(A) entrara en vigor el 22 de septiembre

de 2009.[808] Indonesia alega que la primera vez que pidió una explicación de la justificación del artículo 907(a)(1)(A) fue el 17 de agosto de 2009. En esa fecha, Indonesia presentó una serie de preguntas a los Estados Unidos, en el documento G/TBT/W/323, distribuido el 20 de agosto de 2009 por conducto del Comité OTC. La segunda vez fue durante las conversaciones bilaterales informales celebradas el 27 de agosto de 2009 en Ginebra, en las que Indonesia planteó a los Estados Unidos fundamentalmente las mismas preguntas que figuraban en el documento G/TBT/W/323.[809] Después de que el artículo 907(a)(1)(A) entrara en vigor, Indonesia volvió a manifestar sus preocupaciones a través de las preguntas del documento G/TBT/W/323, en la reunión del Comité OTC celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2009.[810]

7.453 Los Estados Unidos responden que Indonesia nunca ha invocado el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, ni ha solicitado una explicación o una justificación del artículo 907(a)(1)(A) a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 2.[811] Al mismo tiempo, mantienen que actuaron de forma compatible con el párrafo 5 del artículo 2, que explicaron los objetivos de la medida y que ofrecieron una justificación de su promulgación.[812]

7.454 Tomamos nota de que el documento G/TBT/W/323, al que hace referencia Indonesia, comienza con una extensa explicación de por qué Indonesia considera que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con varias disposiciones de los acuerdos abarcados. A este respecto, señalamos que Indonesia menciona los artículos 2, 3, 5 y 7 del *Acuerdo MSF*, los artículos 2 y 12 del *Acuerdo OTC* y los artículos III y XXIII del GATT de 1994.

7.455 Como señalan los Estados Unidos, en el documento G/TBT/W/323 no se menciona el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Tampoco figura ninguna petición a los Estados Unidos de que expliquen "la justificación del [artículo 907(a)(1)(A)] a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*".

7.456 Ante la falta de cualquier referencia al párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* o incluso a una petición de justificación del artículo 907(a)(1)(A) "a tenor de los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*", en especial cuando esto coincide con referencias expresas a otras muchas disposiciones de otros acuerdos abarcados, como el *Acuerdo MSF*, es concebible que los Estados Unidos no hayan entendido que las preguntas planteadas por Indonesia en el documento G/TBT/W/323 constituían una petición formulada de conformidad con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.457 No obstante, examinaremos el fondo de las propias preguntas para establecer si los Estados Unidos podrían haber entendido que constituían una petición formulada de conformidad con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En otras palabras, examinaremos si Indonesia presentó implícitamente una petición de conformidad con el párrafo 5 del artículo 2, y lo haremos examinando si el contenido de las preguntas de que se trata guarda relación con cuestiones que se rigen por los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por lo tanto, puede ser útil recordar el texto de esos párrafos:

> "2.2 Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el

[808] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 130.
[809] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 130.
[810] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 131.
[811] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 87.
[812] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 280.

> comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos.
>
> 2.3 Los reglamentos técnicos no se mantendrán si las circunstancias u objetivos que dieron lugar a su adopción ya no existen o si las circunstancias u objetivos modificados pueden atenderse de una manera menos restrictiva del comercio.
>
> 2.4 Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales."

7.458 Atendiendo a los hechos de la presente diferencia y a la ausencia de cualesquiera "normas internacionales pertinentes", el párrafo 4 no parece tener importancia alguna.[813] Lo mismo puede decirse del párrafo 3, ya que se ocupa del mantenimiento de una medida habida cuenta de la modificación de las circunstancias u objetivos y la reclamación de Indonesia se refiere a la supuesta falta de una respuesta de los Estados Unidos relativa a una medida que todavía no había entrado en vigor (en las dos primeras ocasiones en que se plantearon las preguntas) o que acababa de entrar en vigor (en la tercera ocasión que menciona Indonesia). Así pues, con arreglo a los argumentos y pruebas proporcionados por las partes, el único párrafo pertinente por lo que respecta a la explicación de la justificación del artículo 907(a)(1)(A) por los Estados Unidos sería el 2.

7.459 Observamos que varias de las preguntas planteadas por Indonesia parecen no guardar relación con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por ejemplo, la pregunta f) se refiere a los "productos similares", que se contemplan en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Recordamos que, en el documento G/TBT/W/323, Indonesia aduce que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con varias disposiciones del *Acuerdo MSF* y del GATT de 1994. Por lo tanto, las preguntas planteadas no sólo no se refieren exclusivamente a los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, sino que se refieren a disposiciones de otros acuerdos abarcados.

7.460 Teniendo en cuenta el hecho de que las preguntas de que se trata se refieren a varias cuestiones que se rigen por disposiciones de los acuerdos abarcados distintos del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, junto con la ausencia de cualquier referencia al párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* o incluso a la petición de una explicación de la justificación del artículo 907(a)(1)(A) "a tenor de los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*", concluimos que Indonesia no hizo una petición de conformidad con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en las preguntas que formuló en el documento G/TBT/W/323.

[813] En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, ambas partes coincidieron en que no existe una "norma internacional" pertinente en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Respuestas de Indonesia y los Estados Unidos a la pregunta 59 del Grupo Especial.

d) Conclusión

7.461 Por consiguiente, el Grupo Especial constata que Indonesia no pidió a los Estados Unidos que explicaran la justificación del artículo 907(a)(1)(A) "a tenor de los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*" en las preguntas que formuló en el documento G/TBT/W/323. Así pues, falta uno de los elementos necesarios del párrafo 5 del artículo 2.

7.462 Observamos que, además de alegar que Indonesia no invocó el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, los Estados Unidos afirman que cumplieron esta disposición y que proporcionaron la información solicitada. Habida cuenta de nuestra constatación en el sentido de que los Estados Unidos no estaban obligados a proporcionar la explicación que se menciona en el párrafo 5 del artículo 2, no es necesario, en rigor, que este Grupo Especial examine si los Estados Unidos habrían estado en conformidad de haber hecho efectivamente Indonesia la petición prevista en dicha disposición. Dicho esto, señalamos que en realidad los Estados Unidos sí proporcionaron una explicación[814] con respecto a la promulgación del artículo 907(a)(1)(A) en la reunión del Comité OTC celebrada en noviembre de 2009, al responder a la solicitud formulada por Indonesia en el documento G/TBT/W/323.

7.463 Por lo tanto, constatamos que Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

H. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 8 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC*

1. Argumentos de las partes

7.464 **Indonesia** alega que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En particular, aduce que el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige a los Miembros que aporten "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos[815], y que el artículo 907(a)(1)(A) "carece de la especificidad exigida" por el *Acuerdo OTC*.[816]

7.465 Indonesia señala que la FSPTCA no proporciona ninguna definición de lo que se entiende por "aroma característico" a los efectos de la prohibición, ni ninguna otra explicación de lo que constituye un "aroma característico" en las Orientaciones de la FDA o en el aviso público en el que se anunciaba la aplicación del artículo 907(a)(1)(A).[817] Indonesia señala que para crear el sabor y el aroma de los cigarrillos se utilizan muchos ingredientes, incluso en los cigarrillos que no se comercializan como "aromatizados".[818] La FSPTCA no enumera ningún criterio basado en las propiedades de uso y empleo para establecer la prohibición más allá del uso del descriptor general "aroma característico".[819] Indonesia explica que hay un procedimiento establecido para determinar los umbrales en los que se pueden detectar los aromas (fijado en el documento "*ASTM E679 - 04 Standard Practice for Determination of Odor and Taste Thresholds By a Forced-Choice Ascending Concentration Series Method of Limits*"), y aduce que una norma basada en "las propiedades de uso y empleo" podría utilizar este método establecido para determinar las concentraciones de aromas que alcanzan un umbral en el que son reconocibles por el sabor y el olor y, por tanto, son "característicos".[820] Sostiene que, si no hay un criterio basado en las propiedades de uso y empleo, es imposible para los fabricantes

[814] Véase la nota 794.
[815] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 134.
[816] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 10.
[817] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 135.
[818] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 135.
[819] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 136.
[820] Respuesta de Indonesia a la pregunta 64 del Grupo Especial, párrafo 132; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 149.

saber a partir de qué grado el aroma utilizado se considera "característico".[821] Dado que hay un criterio establecido basado en las propiedades de uso y empleo para evaluar umbrales sensoriales en relación con el olor y el sabor, Indonesia considera que es "procedente" esperar que se utilice.[822]

7.466 Los **Estados Unidos** señalan que el argumento en el que se basa la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es que el artículo 907(a)(1)(A) es "vago".[823] Los Estados Unidos sostienen que este argumento es "incorrecto y además no guarda relación con la aplicación del párrafo 8 del artículo 2", y señalan que "no entienden cómo un argumento de ese tipo puede ser pertinente" para esa disposición.[824] A su juicio, el párrafo 8 del artículo 2 "no obliga a los Miembros a establecer prescripciones que sean todo lo específicas posible".[825] Asimismo, aducen que es "completamente engañoso" que Indonesia sugiera que sus productores no saben si la medida prohíbe su producto.[826]

7.467 Los Estados Unidos no niegan que el artículo 907(a)(1)(A) está estructurado en función de características "descriptivas", más que en función de "las propiedades de uso y empleo".[827] Sin embargo, señalan que le corresponde a Indonesia la carga de demostrar que hay una infracción del párrafo 8 del artículo 2, y que no ha citado ningún ejemplo de cómo podría redactarse la medida en función de las propiedades de uso y empleo, ni tampoco ha expuesto una razón por la que sea "procedente" hacerlo, en el sentido del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[828] Según los Estados Unidos, el criterio al que se refiere Indonesia aclara qué concentración de un aditivo hace falta para dar al producto un aroma característico de dicho aditivo, por lo que no es un criterio de propiedades de uso y empleo -ya que no se refiere a las propiedades de uso y empleo que debe tener el cigarrillo-.[829]

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.468 La principal cuestión sometida al Grupo Especial es si los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* al no definir el artículo 907(a)(1)(A) en función de las propiedades de uso y empleo de los productos.

7.469 Los Estados Unidos no discuten que el artículo 907(a)(1)(A) esté especificado en función del "diseño o de [las] características descriptivas", y no en función de "las propiedades de uso y empleo".[830] Los argumentos de las partes se basan más bien en otras dos cuestiones. La primera es si, como aduce Indonesia, el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* obliga a los Miembros a "cierto

[821] Respuesta de Indonesia a la pregunta 65 del Grupo Especial, párrafo 133; declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 172; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 148.
[822] Respuesta de Indonesia a la pregunta 65 del Grupo Especial, párrafo 133.
[823] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 99.
[824] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 290.
[825] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 99.
[826] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 93.
[827] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 288.
[828] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 94 y 96.
[829] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 97.
[830] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 288-290.

nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos. La segunda se refiere a si es "procedente" definir la prohibición sobre los cigarrillos de olor en función de sus propiedades de uso y empleo, más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas.

7.470 El Grupo Especial abordará estas cuestiones sucesivamente. Antes de hacerlo, examinaremos el texto de la disposición jurídica en cuestión.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.471 El párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece lo siguiente:

> "En todos los casos en que sea procedente, los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán definidos por los Miembros en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas."

7.472 Aunque no es el primer caso en el que se ha planteado una alegación al amparo del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, no hay jurisprudencia sustancial en relación con el párrafo 8 del artículo 2 y ningún informe anterior de grupos especiales o del Órgano de Apelación aborda la cuestión de qué criterio jurídico se debe aplicar para establecer una infracción del párrafo 8 del artículo 2.[831] Por consiguiente, el Grupo Especial se ve confrontado una vez más a cuestiones que no se han tratado antes.

c) Primera cuestión: la cuestión de si el párrafo 8 del artículo 2 obliga a los Miembros a aportar "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos

7.473 Empezando por la primera de las dos cuestiones identificadas *supra*, a nuestro juicio Indonesia interpreta que la prescripción de que los Miembros definan los reglamentos técnicos en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas obliga a los Miembros a aportar "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos.[832] En su primera comunicación escrita, Indonesia resume del siguiente modo la alegación que presenta al amparo del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*:

> "Al prohibir los cigarrillos con 'aromas característicos', [el artículo 907(a)(1)(A)] carece de la especificidad exigida por el *Acuerdo OTC*. La mayoría de los cigarrillos vendidos en los Estados Unidos, si no todos, contienen diversos ingredientes y aromas que se añaden al tabaco o al filtro. Sin embargo, ni la Ley ni [el artículo 907(a)(1)(A)] aportan una definición de 'aroma característico' ni ningún criterio basado en las propiedades de uso y empleo que permitan designar como 'característicos' diferentes aromas. Por tanto, [el artículo 907(a)(1)(A)] es

[831] En el asunto *CE - Amianto*, el Canadá alegó que la medida en litigio en esa diferencia era incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. El Grupo Especial encargado de ese asunto constató que la medida en litigio no era un "reglamento técnico" y por tanto no examinó la alegación presentada por el Canadá al amparo del párrafo 8 del artículo 2. El Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial y constató que la medida era un "reglamento técnico", pero no fue más allá y no examinó la alegación presentada por el Canadá al amparo del párrafo 8 del artículo 2. El Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Sardinas* hizo una referencia de pasada al párrafo 8 del artículo 2 en el contexto del examen de una alegación formulada al amparo del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafo 7.81.

[832] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 10 y 134.

> incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque prohíbe los cigarrillos únicamente sobre la base de características descriptivas."[833]

7.474 Al abordar esta cuestión, empezaremos por el sentido corriente de los términos del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Cuando se lee en su conjunto la frase recogida en el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, su sentido corriente es que establece una obligación limitada (es decir, "[e]n todos los casos en que sea procedente") de definir los reglamentos técnicos "*en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas*", por oposición a una segunda obligación, adicional, de "definir" esos reglamentos técnicos. Consideramos que si los redactores hubiesen tenido la intención de establecer dos obligaciones separadas, cabría esperar que hubiesen redactado de manera muy diferente el párrafo 8 del artículo 2, por ejemplo del siguiente modo:

> "En todos los casos en que sea procedente, los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán definidos por los Miembros, y lo harán en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas."

7.475 También se podría haber separado el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en dos frases para reflejar dos obligaciones separadas, con lo que habría quedado del siguiente modo:

> "En todos los casos en que sea procedente, los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán definidos por los Miembros. Asimismo, los Miembros se asegurarán de que tales reglamentos técnicos sean definidos en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas."

7.476 La dificultad que nos plantea la interpretación que hace Indonesia del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* puede abordarse desde un ángulo diferente, a saber, examinando cómo quedaría la disposición si se reemplazase el verbo "definir" por un verbo diferente, como "enunciar", "estipular" o "formular". Utilizando "enunciar" como ejemplo, el texto del párrafo 8 del artículo 2 sería el siguiente:

> "En todos los casos en que sea procedente, los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán ~~definidos~~ enunciados por los Miembros en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas."

7.477 De acuerdo con la interpretación que hace Indonesia de la estructura de la frase del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, sustituir el verbo "definir" por "enunciar" obligaría a los Miembros a "enunciar los reglamentos técnicos". Análogamente, si se sustituyese el verbo "definir" por el verbo "formular" -en esencia, un sinónimo de "definir"-, de acuerdo con la interpretación que hace Indonesia de la frase ello obligaría a los Miembros a "formular los reglamentos técnicos".

7.478 El Grupo Especial señala que la estructura de la frase en las versiones española y francesa del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es la misma que en la versión inglesa de la disposición en cuestión[834], por lo que las consideraciones *supra* se aplican igualmente a esas versiones del texto del párrafo 8 del artículo 2.

---

[833] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 10.

[834] El texto de las versiones inglesa y francesa del párrafo 8 del artículo 2 es el siguiente:

7.479 A nuestro juicio, el contexto del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no respalda el argumento de Indonesia de que esa disposición obliga a los Miembros a aportar "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos. De hecho, la interpretación que hace Indonesia del párrafo 8 del artículo 2 daría lugar a un resultado extraño habida cuenta de la definición de "reglamento técnico" enunciada en el párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*. Recordamos que las obligaciones establecidas en virtud del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplican únicamente a las medidas que satisfacen la definición de "reglamento técnico" enunciada en el párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*. Como se ha explicado *supra*, hay varios elementos que deben satisfacerse para poder describir una medida como "reglamento técnico".[835] Entre ellos está la obligación de que la medida debe "establecer" ("*lay down*" en la versión inglesa) las características de un producto cuya observancia es obligatoria. Recordamos que el Órgano de Apelación ha interpretado que las palabras "*lays down*" significan "*set forth, stipulate or provide*" (enunciar, estipular o disponer).[836] Otro elemento de la definición es que la medida "ha de ser aplicable a un producto o grupo de productos identificable".[837] Asimismo, recordamos que el Órgano de Apelación ha explicado que ello es así porque "[d]e lo contrario, la aplicación coercitiva del reglamento sería, en la práctica, imposible".[838]

7.480 Por consiguiente, consideramos que, para resolver la cuestión de si una medida es compatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la parte reclamante debe en primer lugar demostrar -y el grupo especial debe, en primer lugar, constatar- que la medida en litigio "establece" una o más características del producto, y que la medida se aplica "a un producto o grupo de productos identificable". Por tanto, habida cuenta de la estructura del *Acuerdo OTC*, nos cuesta aceptar que sea posible constatar que una medida de la que se haya constatado que satisface la definición de "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1 es incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 porque no satisface la supuesta obligación de "definir" las características del producto.[839] De seguir tal análisis, los grupos especiales tendrían que constatar primero que una medida "establece" (es decir, "enuncia, estipula o dispone") prescripciones sobre el producto que se aplican "a un producto o grupo de productos identificable", y luego, al parecer, tendrían que concluir que la medida no da pormenores o detalles de esos mismos asuntos.[840]

7.481 A nuestro juicio, el objeto y fin del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no respalda la conclusión de que esa disposición obligue a los Miembros a aportar "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos. En este sentido, el Grupo Especial no ve nada en el párrafo 8 del artículo 2 que sugiera que el fin de esa disposición sea garantizar que se establezca una "distinción clara entre el producto prohibido y el producto permitido"[841]; más bien, el objeto y fin del párrafo 8 del artículo 2

"*Wherever appropriate, Members shall specify technical regulations based on product requirements in terms of performance rather than design or descriptive characteristics.*"

"*Dans tous les cas où cela sera approprié, les Membres définiront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives.*"

[835] Véase la sección VII.C.

[836] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67.

[837] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 70.

[838] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 70.

[839] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 134.

[840] El sentido corriente de "*specify*" (definir) es "*[s]peak or treat of a matter etc. in detail; give details or particulars*" ([h]ablar o tratar de una cuestión etc. en detalle; dar detalles o pormenores). *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición., W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen 2, página 2946. Véase también el *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define "*specify*" (definir) como, entre otras cosas, "*[t]o speak or make relation of some matter fully or in detail*" (hablar o hacer relación de algún asunto completamente o en detalle); y el *Webster's Online Dictionary*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define "*specify*" (definir) como, entre otras cosas, "*to name or state explicitly or in detail*" (nombrar o citar explícitamente o en detalle).

[841] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 172.

es evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio exigiendo que las prescripciones del producto se establezcan en términos funcionales en todos los casos en que sea procedente. Por ejemplo, una directiva de la ISO/CEI explica lo siguiente:

> "En todos los casos en los que sea procedente, las prescripciones se expresarán en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas. Este enfoque deja el máximo de libertad para el desarrollo técnico. Se deberán incluir, fundamentalmente, las características que sean susceptibles de tener una aceptación mundial (universal)."[842]

7.482 Análogamente, una decisión adoptada por el Comité OTC en 2000 refleja el siguiente entendimiento de los Miembros de la OMC:

> "A fin de que respondan al interés de los Miembros de la OMC por facilitar el comercio internacional e impedir obstáculos innecesarios al comercio, las normas internacionales deben ser pertinentes y responder de modo eficaz a las necesidades de reglamentación y del mercado, así como al progreso científico y tecnológico de distintos países. No deberán crear distorsiones en el comercio mundial, tener efectos negativos en la competencia leal ni frenar las innovaciones y la evolución tecnológica. Además, no deberán dar preferencia a las características o requisitos de determinados países o regiones cuando en otros países o regiones existan diferentes necesidades o intereses. Siempre que sea posible, las normas internacionales deberán basarse en los resultados más que en las características descriptivas o de diseño."[843]

7.483 Por último, observamos que Indonesia no ha facilitado al Grupo Especial ningún argumento jurídico que respalde su interpretación del párrafo 8 del artículo 2. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial en la que se pedía a Indonesia que explicase el fundamento jurídico de su opinión de que el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige a los Miembros aportar "cierto nivel de especificidad"[844] en sus reglamentos técnicos, Indonesia da una respuesta que incluso cabría interpretar como el reconocimiento de que el párrafo 8 del artículo 2 *no* contiene tal prescripción. En su respuesta, Indonesia remite al Grupo Especial a la definición de "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* y a continuación explica lo siguiente:

> "[U]na medida que es un reglamento técnico enuncia las características del producto que regula e *ipso facto* aporta cierto nivel de especificidad. Todo lo que hace el párrafo 8 del artículo 2 es prescribir, en todos los casos en que sea procedente, la forma en la que deben describirse las características del producto, entre otras cosas, 'en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas'."[845]

7.484 Por consiguiente, concluimos que el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no obliga a los Miembros a aportar "cierto nivel de especificidad"[846] en sus reglamentos técnicos, por lo que se deduce que el "nivel de especificidad" reflejado en el artículo 907(a)(1)(A) no es pertinente para la

---

[842] *ISO/IEC Directives, Part 2: Rules for the structure and drafting of International Standards*, quinta edición, 2004, disponible en línea en la siguiente dirección: http://www.iso.org/iso/standards_development/processes_and_procedures/drafting_standards.htm.

[843] G/TBT/9, Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, Segundo examen trienal del funcionamiento y aplicación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, 13 de noviembre de 2000, anexo 4, párrafo 10.

[844] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 134.

[845] Respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 136 (el subrayado figura en el original).

[846] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 134.

cuestión de si la medida es compatible con el párrafo 8 del artículo 2. Por consiguiente, no es necesario que consideremos si la FSPTCA proporciona una definición de "aroma característico" a los efectos de la prohibición y/o si la FDA ha aportado especificaciones adicionales de lo que constituye un "aroma característico".[847] En la medida en que la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 8 del artículo 2 se basa en el argumento de que el artículo 907(a)(1)(A) "carece de la especificidad requerida"[848], el Grupo Especial concluye que la alegación y el argumento de Indonesia están fuera de lugar.

d) Segunda cuestión: la cuestión de si es "procedente" definir la prohibición de los cigarrillos de olor en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas

7.485 El Grupo Especial pasará ahora a la segunda cuestión principal en litigio, a saber, si es "procedente" definir la prohibición impuesta a los cigarrillos de olor en función de "las propiedades de uso y empleo", más bien que en función de "su diseño o de sus características descriptivas". Recordamos que el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece una obligación limitada de definir los reglamentos técnicos en función de "las propiedades de uso y empleo", más bien que en función de "su diseño" o de sus características "descriptivas". La obligación está limitada por las palabras que introducen la frase, es decir, "[e]n todos los casos en que sea procedente ...". El Grupo Especial empezará fijando su interpretación de las palabras "en todos los casos en que sea procedente" en el contexto del párrafo 8 del artículo 2, y a continuación examinará la cuestión de si Indonesia ha demostrado que es "procedente" definir el reglamento técnico en cuestión en función de "las propiedades de uso y empleo".

7.486 Aunque no hay jurisprudencia relativa a la expresión "[e]n todos los casos en que sea procedente" en el contexto del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, el Grupo Especial es consciente de que el término "*appropriate*" (procedente, apropiado) aparece en otras muchas disposiciones de los Acuerdos de la OMC y de que hay una jurisprudencia sustancial y en general uniforme sobre el sentido corriente de dicho término.[849] Distintos grupos especiales y el Órgano de Apelación se han basado en definiciones corrientes de los diccionarios y han dado al término "*appropriate*" ("procedente, apropiado") su sentido corriente. Por ejemplo, el Grupo Especial que examinó el asunto *México - Telecomunicaciones* observó lo siguiente:

> "La palabra *'appropriate'* (apropiado), en su sentido general según el diccionario, significa '*specially suitable*, *proper*' (especialmente adecuado, propio). Esto parece indicar que las 'medidas apropiadas' son aquellas que son adecuadas para alcanzar su propósito."[850]

[847] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 135.
[848] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 10.
[849] La palabra "*appropriate*" (procedente, apropiado) ha sido interpretada en varios informes de grupos especiales anteriores, entre ellos -pero no únicamente- los siguientes: informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafos 7.265, 7.367-7.368; informe del Grupo Especial, *CE - Accesorios de tubería*, párrafos 7.240-7.241; informe del Grupo Especial, *Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos*, párrafos 7.191 y 7.365; informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafo 7.116; informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Chapas de acero*, párrafo 7.72; e informe del Grupo Especial, *Australia - Salmón*, párrafos 8.57 y 8.71.
[850] Informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafo 7.265 (donde se cita el diccionario *The Shorter Oxford English Dictionary*, tercera edición (Clarendon Press, 1990), página 94).

7.487 Análogamente, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Accesorios de tubería* señaló lo siguiente:

> "El sentido corriente de la palabra '*appropriate*' (en el texto español se utiliza el verbo proceder) hace referencia a algo que es '*especially suitable or fitting*' (especialmente conveniente o apto). El término '*suitable*' (conveniente) puede ser definido, a su vez, como '*fitted for or appropriate to a purpose, ocasión ...*' (apto o apropiado para un propósito, ocasión ...) o '*adapted to a use or purpose*' (adaptado a un uso o finalidad). El significado del término '*fitting*' (apto) puede ser definido como '*of a kind appropriate to the situation*' (de un tipo adecuado a la situación). ... El término es compatible con la intención de no prejuzgar lo que las circunstancias podrían ser en el contexto de un caso concreto. Es preciso que esa procedencia se juzgue caso por caso ... Hay un elemento de flexibilidad en cuanto que no se imponen factores, índices, niveles o prescripciones predeterminados."[851]

7.488 Más recientemente, en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, el Órgano de Apelación se basó en las mismas definiciones de los diccionarios al interpretar la expresión "cuantía apropiada" del párrafo 3 del artículo 19 del Acuerdo SMC:

> "Empezando por la expresión '*appropriate amounts'* (cuantía apropiada), observamos que entre las definiciones que dan los diccionarios del término '*appropriate*' ('apropiado') figuran las siguientes: '*proper*' (adecuado), '*fitting*' (conveniente) y '*specially suitable (for, to)*' (especialmente idóneo (para)).[852] Estas definiciones sugieren que no existe una norma autónoma o absoluta para determinar qué es 'apropiado'; se trata más bien de algo que debe evaluarse utilizando otra cosa distinta o en relación con ella."[853]

7.489 Asimismo, señalamos que en *CE - Sardinas*, el Órgano de Apelación se mostró de acuerdo con el Grupo Especial que examinó ese asunto en que el término "*inappropriate*" (inapropiado) en el contexto del párrafo 4 del artículo 2[854] del *Acuerdo OTC* "se refiere a algo que no es '*specially suitable*' (especialmente idóneo), '*proper*' (adecuado) o '*fitting*' (conveniente)", y que "el carácter de apropiado atañe más bien a la naturaleza de [los] medios [utilizados]".[855]

7.490 En cuanto a la carga de la prueba, consideramos que cuando se formula una alegación al amparo del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, le corresponde a la parte reclamante la carga de demostrar que es "*appropriate*" (apropiado, procedente) (es decir, "*proper*" (adecuado), "*fitting*" (conveniente) y "*suitable*" (idóneo)) definir un reglamento técnico determinado en función de "las

---

[851] Informe del Grupo Especial, *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 7.240 (donde se citan los diccionarios *Webster's New Encyclopaedic Dictionary* (1994) y *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993)).

[852] *(nota del original) Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 106.

[853] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 552.

[854] El párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece lo siguiente:

> "Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, *salvo en el caso de que* esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o *inapropiado* para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales." (sin cursivas en el original)

[855] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 285.

propiedades de uso y empleo", más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas. Este enfoque es compatible con los principios generales que rigen la carga de la prueba en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.[856] También es compatible con el análisis del Órgano de Apelación de la expresión "salvo en el caso de que ... [sea] inapropiado", en el contexto de la obligación del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, en *CE - Sardinas*.[857] No entendemos que Indonesia sugiera otra cosa.[858]

7.491 Sobre la base de lo expuesto *supra*, consideramos que la cuestión pertinente que se nos ha sometido es si Indonesia ha demostrado que sería "*proper*" (adecuado), "*fitting*" (conveniente) y "*suitable*" (idóneo) formular el reglamento técnico mencionado en el artículo 907(a)(1)(A) en función de "las propiedades de uso y empleo".

7.492 Indonesia trata de satisfacer la obligación que le corresponde afirmando que hay un procedimiento establecido para determinar los umbrales en los que se pueden detectar los aromas, fijado en el documento "*ASTM E679 - 04 'Standard Practice for Determination of Odor and Taste Thresholds By a Forced-Choice Ascending Concentration Series Method of Limits*'".[859] Indonesia aduce que un criterio basado en las "propiedades de uso y empleo" podría utilizar este método establecido para determinar las concentraciones de aromas que alcanzan un umbral en el que son reconocibles por el sabor y el olor y, por tanto, son "característicos".[860]

7.493 El Grupo Especial está de acuerdo con los Estados Unidos en que la norma indicada por Indonesia no demuestra que el reglamento técnico consagrado en el artículo 907(a)(1)(A) se pueda enunciar en función de "las propiedades de uso y empleo", y mucho menos que sea "procedente" hacerlo.[861] Dejando de lado la cuestión de si la norma indicada se puede aplicar a los cigarrillos[862], su fin consiste simplemente en proporcionar un medio concreto de verificar los niveles de aroma. Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que un ejemplo de una prescripción basada en las propiedades de uso y empleo sería un reglamento técnico sobre sillas que estableciera el requisito de que la silla debe soportar una persona de al menos 130 kg, en lugar de establecerlo en función de los componentes de la silla (es decir, si está hecha de madera, que la madera tenga un grosor determinado y los clavos sean de una longitud determinada). También estamos de acuerdo con los Estados Unidos

---

[856] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.

[857] En *CE - Sardinas*, el Órgano de Apelación constató que le corresponde a la parte reclamante la carga de demostrar que la "norma internacional" en cuestión era un medio "apropiado" para lograr los objetivos legítimos perseguidos por el Miembro demandado. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafos 269-282.

Aunque las obligaciones establecidas en virtud de los párrafos 8 y 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* son obviamente diferentes entre sí, un elemento común a ambas disposiciones es que las dos obligaciones están limitadas esencialmente del mismo modo: la obligación del párrafo 8 del artículo 2 está limitada por la expresión "[e]n todos los casos en que sea procedente", y la obligación del párrafo 4 del artículo 2 está limitada por la expresión "salvo en el caso de que … [sea] inapropiado". Estas expresiones son intercambiables entre sí, con la única diferencia de que la primera está formulada en términos positivos, mientras que la segunda está formulada en términos negativos. Por consiguiente, las palabras introductorias del párrafo 8 del artículo 2 podrían cambiarse por la expresión "[s]alvo en el caso de que sea inapropiado, ..." sin modificar el sentido de la obligación que enuncia.

[858] En su respuesta a la pregunta 4 del Grupo Especial, Indonesia está de acuerdo en que le corresponde la carga de probar todas las alegaciones que formula al amparo del *Acuerdo OTC*, incluida la que formula al amparo del párrafo 8 del artículo 2.

[859] http://www.astm.org/Standards/E679.htm (Indonesia - Prueba documental 70).

[860] Respuesta de Indonesia a la pregunta 64 del Grupo Especial, párrafo 132; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 149.

[861] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Grupo Especial, párrafos 113-116.

[862] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Grupo Especial, párrafo 114; y observaciones de Indonesia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Grupo Especial, párrafo 72.

en que, en lugar de transformar la norma del artículo 907(a)(1)(A) de una norma basada en el "diseño" o las características "descriptivas" en una norma basada en "las propiedades de uso y empleo", la utilización de la norma indicada simplemente aportaría un medio concreto de verificar si se cumple tal norma. Asimismo, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que el hecho de proporcionar un medio de verificar cuándo se cumple la norma establecida en la medida enunciada en términos descriptivos no significa que sea posible plantear la prescripción en función de las propiedades de uso y empleo -con las que guardan diferencias fundamentales-, ni explica por qué es "procedente" hacerlo. La norma a que alude Indonesia no sería una basada en "las propiedades de uso y empleo" en el sentido del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; para decirlo de una manera sencilla, no es una norma relativa a la manera en que un cigarrillo ha de reflejar esas propiedades en la práctica (es decir, su función[863]).

7.494 El Grupo Especial remite a la aclaración de Indonesia en la que señala que:

> "... no propone simplemente verificar si se ha cumplido la norma [del artículo 907(a)(1)(A)], como alegan los Estados Unidos .... Indonesia propone que el Gobierno estadounidense pueda exigir a los fabricantes de cigarrillos que utilicen el método de verificación articulado en el documento ASTM E679 para identificar el umbral concreto en el que un aroma concreto utilizado en un cigarrillo pasa a ser reconocible en el cigarrillo y, por tanto, 'característico'. Por ejemplo, si la vainilla fuese identificable en el sabor o el aroma del humo de un cigarrillo en el nivel 'X,' en ese caso [el artículo 907(a)(1)(A)] prohibiría los cigarrillos que contuviesen vainilla en un nivel superior a 'X'. Esto sería completamente compatible con la definición de 'prescripción basada en las propiedades de uso y empleo' articulada por los Estados Unidos ... ya que indicaría claramente a los fabricantes cuáles deben ser las propiedades de uso y empleo de un cigarrillo, en lo que se refiere al aroma, para ser admitido en el mercado estadounidense."[864]

7.495 Sin embargo, a juicio del Grupo Especial, esta respuesta es, sencillamente, una reiteración del argumento de Indonesia de que el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige a los Miembros que aporten "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos[865], y de que el artículo 907(a)(1)(A) "carece de la especificidad requerida" por el *Acuerdo OTC*.[866] Por las razones expuestas *supra*, el Grupo Especial no está de acuerdo con esta interpretación del párrafo 8 del artículo 2.

7.496 Asimismo, observamos que, en la medida en que Indonesia aduce que i) existe una norma internacional pertinente (a saber, la, ASTM E679 - 04 "*Standard Practice for Determination of Odor and Taste Thresholds By a Forced-Choice Ascending Concentration Series Method of Limits*") y que ii) los Estados Unidos deberían haber utilizado esta norma internacional pertinente como base para su reglamento técnico, su argumento en realidad parece referirse al párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[867] En este sentido, la alegación y el argumento presentados por Indonesia al amparo

---

[863] El Grupo Especial señala que las versiones inglesa y francesa del párrafo 8 del artículo 2 utilizan las palabras "*in terms of performance*" y "*en fonction des propriétés d'emploi du produit*".

[864] Observaciones de Indonesia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Grupo Especial, párrafo 73.

[865] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 134.

[866] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 10.

[867] El párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* dispone lo siguiente:

"Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o

del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* parecen, una vez más, fuera de lugar. Al formular esta observación, obviamente no nos manifestamos sobre si los Estados Unidos han actuado de manera compatible con el párrafo 4 del artículo 2, dado que Indonesia no ha formulado ninguna alegación en ese sentido.

7.497 Por estas razones, el Grupo Especial concluye que Indonesia no ha demostrado que sea "*appropriate*" ("procedente, apropiado") formular el reglamento técnico al que se hace referencia en el artículo 907(a)(1)(A) en función de "las propiedades de uso y empleo".

e) Conclusión

7.498 Por estas razones, el Grupo Especial constata que Indonesia no ha demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) sea incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

I. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC*

1. Argumentos de las partes

7.499 **Indonesia** alega que, si los Estados Unidos creían que había una justificación para no seguir los procedimientos del párrafo 9 del artículo 2, infringieron el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque no facilitaron a la Secretaría la notificación de la medida ni expusieron la naturaleza urgente del supuesto problema.[868] Indonesia aduce que los Estados Unidos reconocen que ninguna de las circunstancias urgentes enumeradas en el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* rodearon la adopción del artículo 907(a)(1)(A).[869]

7.500 Los **Estados Unidos** no han presentado argumentos en respuesta a la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos confirmaron que no notificaron el artículo 907(a)(1)(A) a la Secretaría de la OMC de conformidad con lo previsto en el párrafo 10.1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[870]

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.501 Como se ha explicado en la sección VII.B *supra*, entendemos que Indonesia alega una infracción del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* únicamente en la medida en que los Estados Unidos invoquen esta disposición como defensa frente a la supuesta infracción del párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[871] A nuestro entender, los Estados Unidos no han hecho tal cosa.

7.502 Señalamos que las obligaciones establecidas en virtud del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* únicamente son aplicables cuando un Miembro ha omitido los pasos enumerados en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque "se le plantea[n] o amenaza[n] planteársele problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional". A nuestro juicio, el hecho de que el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplique únicamente cuando un Miembro se aparta de las obligaciones generales establecidas en el párrafo 9 del artículo 2

---

inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales."

[868] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 142.

[869] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151.

[870] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 150.

[871] WT/DS406/2, página 2; y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 142.

del *Acuerdo OTC* supone que esas dos disposiciones tienen dos ámbitos de aplicación distintos y separados. De hecho, no vemos situación alguna en la que las medidas de un Miembro de la OMC puedan estar comprendidas en el ámbito de aplicación de ambas obligaciones al mismo tiempo. O bien el Miembro en cuestión sigue las prescripciones generales establecidas en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, o bien decide hacer caso omiso de esas prescripciones debido a alguno de los "problemas urgentes" enumerados y descritos en el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.503 Teniendo en cuenta nuestro mandato de hacer una evaluación objetiva del asunto que se nos ha sometido de conformidad con el artículo 11 del ESD y la repercusión que tendrían las conclusiones de conformidad con el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en la aplicabilidad de las obligaciones pertinentes en virtud del párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, examinaremos si en la presente diferencia se dan las condiciones de urgencia descritas en el párrafo 10 del artículo 2. Si constatamos que no se dan, continuaremos y examinaremos las alegaciones presentadas por Indonesia al amparo de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.504 El párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* dispone lo siguiente:

> "Sin perjuicio de lo dispuesto en la introducción del párrafo 9, si a algún Miembro se le planteasen o amenazaran planteársele problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional, dicho Miembro podrá omitir los trámites enumerados en el párrafo 9 según considere necesario, a condición de que al adoptar el reglamento técnico cumpla con lo siguiente:
>
> 2.10.1 notificar inmediatamente a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría, el reglamento técnico y los productos de que se trate, indicando brevemente el objetivo y la razón de ser del reglamento técnico, así como la naturaleza de los problemas urgentes;
>
> 2.10.2 previa solicitud, facilitar a los demás Miembros el texto del reglamento técnico;
>
> 2.10.3 dar sin discriminación a los demás Miembros la posibilidad de formular observaciones por escrito, mantener conversaciones sobre ellas si así se le solicita, y tomar en cuenta estas observaciones escritas y los resultados de dichas conversaciones."

7.505 Por tanto, el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* permite a los Miembros de la OMC que hagan caso omiso de las prescripciones impuestas por el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en lo que se refiere a los reglamentos técnicos en proyecto si se les planteasen o amenazaran planteárseles problemas urgentes. Entendemos que la alegación de Indonesia se limita a un supuesto incumplimiento de la prescripción de notificación del párrafo 10.1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y no a las demás obligaciones recogidas en los párrafos 10.2 y 10.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[872]

7.506 Por tanto, una cuestión previa para establecer la aplicación de la obligación de notificación impuesta en virtud del párrafo 10.1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es si a los Estados Unidos se les plantean o amenazan planteárseles problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional con respecto a la adopción del artículo 907(a)(1)(A). Indonesia alega que los Estados Unidos han reconocido que ninguna de las circunstancias urgentes enumeradas en el

[872] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 142.

párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* rodearon la adopción del artículo 907(a)(1)(A).[873] No obstante, observamos que los Estados Unidos no han dicho nada al respecto y, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, sencillamente confirmaron que no habían notificado el artículo 907(a)(1)(A) a los demás Miembros por conducto de la Secretaría de la OMC de conformidad con el párrafo 10.1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[874]

c) Conclusión

7.507 Al no haber pruebas ni argumentos de que a los Estados Unidos se les plantearan o amenazaran planteárseles tales problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional cuando se adoptó el artículo 907(a)(1)(A), sólo podemos concluir que esas circunstancias urgentes no se daban y que, por tanto, el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no es aplicable en la presente diferencia. Por consiguiente, el Grupo Especial se abstiene de seguir examinando la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y pasa a examinar las alegaciones formuladas por Indonesia al amparo de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

J. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON LOS PÁRRAFOS 9.2 Y 9.3 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC*

1. Argumentos de las partes

7.508 **Indonesia** alega que los Estados Unidos no cumplieron las obligaciones que les corresponden en virtud de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[875] Aducen que, antes de adoptar el artículo 907(a)(1)(A), los Estados Unidos estaban obligados a seguir los procedimientos enunciados en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[876] A su juicio, se aplicaban esos procedimientos porque i) no hay normas internacionales pertinentes sobre los aromas de los cigarrillos; y ii) el artículo 907(a)(1)(A) ha tenido un efecto significativo en el comercio de Indonesia.[877]

7.509 Al interpretar la expresión "efecto significativo en el comercio" que figura en el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, Indonesia se basa en una recomendación adoptada por el Comité OTC relativa a esa disposición. Dicha recomendación establece que los Miembros deben tener en cuenta factores como "el valor de las importaciones procedentes de otros Miembros, individualmente o en conjunto, o la importancia que tengan por otros motivos para los Miembros importadores y/o exportadores interesados, el potencial de crecimiento de esas importaciones, y las dificultades que supone para los productores de otros Miembros cumplir el reglamento técnico en proyecto".[878] Indonesia señala que la recomendación adoptada por el Comité OTC establece además que "[e]l concepto de efecto significativo en el comercio de otros Miembros debe comprender los efectos tanto de aumento como de disminución de las importaciones en el comercio de otros Miembros, siempre y cuando esos efectos sean significativos".[879]

---

[873] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151.
[874] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 150.
[875] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140.
[876] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 139.
[877] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 139.
[878] Respuesta de Indonesia a la pregunta 69 del Grupo Especial, donde se hace referencia al documento del Comité OTC titulado Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1° de enero de 1995, G/TBT/1/Rev.9, 8 de septiembre de 2008, página 17.
[879] Respuesta de Indonesia a la pregunta 69 del Grupo Especial, donde se hace referencia al documento del Comité OTC titulado Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1° de enero de 1995, G/TBT/1/Rev.9, 8 de septiembre de 2008, página 17.

7.510 Indonesia sostiene que, dado que casi todos los cigarrillos de olor vendidos en los Estados Unidos se importaban de Indonesia, los Estados Unidos eran muy conscientes del efecto significativo que podía tener el artículo 907(a)(1)(A) en el comercio de Indonesia.[880] Por tanto, aduce, los Estados Unidos estaban obligados a seguir los procedimientos del párrafo 9 del artículo 2 antes de adoptar el artículo 907(a)(1)(A)[881], en particular las obligaciones enunciadas en los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[882]

7.511 Indonesia señala que, con arreglo a la recomendación del Comité OTC, la notificación de conformidad con el párrafo 9.2 del artículo 2 "deberá hacerse [...] cuando se disponga del texto completo del reglamento técnico en proyecto o del procedimiento para la evaluación de la conformidad en proyecto y cuando sea todavía posible introducir modificaciones y tenerlas en cuenta".[883] Indonesia alega que los Estados Unidos no presentaron al Comité OTC ninguna notificación de los productos abarcados por el artículo 907(a)(1)(A) durante el período en el que podían introducirse modificaciones de la FSPTCA o de los reglamentos de aplicación (es decir, durante el período posterior a la introducción de la FSPTCA y antes de su aprobación por el Congreso de los Estados Unidos, o cuando la FDA publicó su solicitud de presentación de observaciones sobre la aplicación de la FSPTCA[884]).[885]

7.512 En lo que se refiere al párrafo 9.3 del artículo 2, Indonesia alega que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud de esa disposición al no responder a las preguntas de Indonesia sobre aspectos concretos del artículo 907(a)(1)(A).[886]

7.513 Según los **Estados Unidos**, la expresión "efecto significativo en el comercio" recogida en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no exige que se vea afectado un gran volumen de comercio para que se active el párrafo 9 del artículo 2, sino que la expresión "efecto significativo" engloba todos los efectos en el comercio que no son *de minimis*.[887]

7.514 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos explican que no notificaron el artículo 907(a)(1)(A) a la Secretaría de conformidad con lo establecido en el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[888]

7.515 Sin embargo, los Estados Unidos sostienen que toda la información pertinente relativa al artículo 907(a)(1)(A) siempre ha estado a disposición del público, y que de hecho Indonesia hizo aportaciones al proceso legislativo.[889]

7.516 Asimismo, los Estados Unidos dicen estar entre los principales impulsores de la transparencia en la OMC y que han notificado 589 medidas al Comité OTC desde que se creó la OMC (80 medidas sólo en 2010). Esto, según los Estados Unidos, contrasta con el caso de Indonesia, que ha notificado

[880] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 139.
[881] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 139.
[882] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140
[883] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140, donde se hace referencia al documento del Comité OTC titulado Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1° de enero de 1995, G/TBT/1/Rev.8, 23 de mayo de 2002, página 17.
[884] Indonesia - Prueba documental 42.
[885] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140.
[886] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140. Las preguntas de Indonesia se distribuyeron a los Miembros de la OMC por medio del documento G/TBT/W/323.
[887] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Grupo Especial.
[888] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Grupo Especial.
[889] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 294.

46 medidas en total y sólo 14 en 2010. Por último, según los Estados Unidos, recientemente Indonesia ha dejado sin notificar al Comité OTC varias medidas aplicadas.[890]

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.517 La cuestión sometida al Grupo Especial es si los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[891] En particular: i) si los Estados Unidos no notificaron los productos abarcados, el objetivo y la razón de ser del proyecto de artículo 907(a)(1)(A), como prescribe el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; y ii) si los Estados Unidos no proporcionaron detalles sobre el proyecto de artículo 907(a)(1)(A) o el texto del mismo, de conformidad con lo establecido en el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.518 Señalamos que, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, Indonesia formuló alegaciones al amparo de los párrafos 9.1, 9.2, 9.3 y 9.4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, pero posteriormente sólo presentó argumentos y pruebas con respecto a las alegaciones que formuló al amparo de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2. Por consiguiente, entendemos que Indonesia decidió no seguir adelante con las alegaciones formuladas al amparo de los párrafos 9.1 y 9.4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, por lo que no las examinaremos.[892]

7.519 Hemos decidido abordar ambas alegaciones dentro de la misma sección del presente informe, siguiendo la estructura de la argumentación presentada por las partes y la de la propia disposición.

b) Las disposiciones jurídicas en cuestión

7.520 El párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* dice lo siguiente:

> "En todos los casos en que no exista una norma internacional pertinente o en que el contenido técnico de un reglamento técnico en proyecto no esté en conformidad con el contenido técnico de las normas internacionales pertinentes, y siempre que dicho reglamento técnico pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros, los Miembros:
>
> 2.9.1 ...
>
> 2.9.2 notificarán a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría, cuáles serán los productos abarcados por el reglamento técnico en proyecto, indicando brevemente su objetivo y razón de ser. Tales notificaciones se harán en una etapa

---

[890] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 295.

[891] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140.

[892] Señalamos que el Grupo Especial que examinó el asunto *India - Derechos de importación adicionales* constató que los Estados Unidos habían abandonado su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, que aparecía en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, porque no hicieron referencia alguna a esa alegación en sus comunicaciones, ni explícita ni implícitamente. Informe del Grupo Especial, *India - Derechos de importación adicionales*, párrafos 7.402-7.405. Véanse también las constataciones del Grupo Especial encargado del asunto *Egipto - Barras de refuerzo de acero*, en las que se constató que Turquía había abandonado su alegación al amparo del párrafo 3 del artículo X del GATT de 1994, que también figuraba en su solicitud de establecimiento de un grupo especial pero sobre la que Turquía no presentó argumento alguno en ninguna de sus comunicaciones. Informe del Grupo Especial, *Egipto - Barras de refuerzo de acero*, párrafo 7.30.

convenientemente temprana, cuando puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen;

2.9.3 previa solicitud, facilitarán a los demás Miembros detalles sobre el reglamento técnico en proyecto o el texto del mismo y señalarán, siempre que sea posible, las partes que en sustancia difieran de las normas internacionales pertinentes;

2.9.4 ..."

7.521 Señalamos que, de conformidad con su párrafo introductorio, el párrafo 9 del artículo 2 sólo se aplica cuando: i) no exista una norma internacional pertinente o el contenido técnico de un reglamento técnico en proyecto no esté en conformidad con el contenido técnico de la norma internacional pertinente; y ii) un reglamento técnico pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros.

c) Condiciones para la aplicación del párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

7.522 Por consiguiente, antes de empezar a analizar si los Estados Unidos no han cumplido las obligaciones pertinentes que figuran en los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, examinaremos si en el presente caso se dan las condiciones para que se apliquen las obligaciones recogidas en esas disposiciones. En primer lugar examinaremos si hay una norma internacional pertinente sobre los aromas de los cigarrillos y, en tal caso, si el artículo 907(a)(1)(A) está en conformidad con el contenido técnico de esa norma internacional. A continuación examinaremos si el artículo 907(a)(1)(A) puede tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros, en particular en el comercio de Indonesia.

i) Primera condición: que no haya una norma internacional pertinente o que el reglamento técnico en proyecto no esté en conformidad con una norma internacional pertinente

7.523 Como se ha explicado *supra*, la primera condición para que se apliquen las obligaciones enunciadas en el párrafo 9 del artículo 2 es que no haya una norma internacional pertinente o, en caso de que la haya, que el contenido técnico del reglamento técnico en proyecto y el contenido técnico de la norma internacional pertinente no concuerden.

7.524 Indonesia sostiene que no hay normas internacionales pertinentes sobre los aromas de los cigarrillos. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Indonesia aclara que las normas existentes sobre cigarrillos de la Organización Internacional de Normalización ("ISO") no distinguen entre los aromas de los cigarrillos.[893] Los Estados Unidos están de acuerdo en que no hay normas internacionales pertinentes aplicables en el presente caso.[894]

7.525 Habida cuenta de lo expuesto *supra*, constatamos que se cumple la primera condición fijada en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* para que se apliquen las obligaciones recogidas en tal disposición.

ii) Segunda condición: si el reglamento técnico puede tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros

7.526 La segunda condición impuesta por el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es que el reglamento técnico "pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros".

[893] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 132 (Indonesia - Prueba documental 40); y respuesta de Indonesia a la pregunta 59 del Grupo Especial.

[894] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 59 del Grupo Especial.

7.527 A este respecto, Indonesia aduce que el artículo 907(a)(1)(A) ha tenido un efecto significativo en su comercio con los Estados Unidos porque alrededor de 6 millones de indonesios dependen directa e indirectamente de la producción de cigarrillos y el cultivo del tabaco.[895] Indonesia sostiene además que, en 2008, sus exportaciones de cigarrillos de olor a los Estados Unidos ascendieron a aproximadamente 15 millones de dólares EE.UU.[896]

7.528 Los Estados Unidos no han negado que el artículo 907(a)(1)(A) tenga una repercusión significativa en el comercio de Indonesia.

7.529 Señalamos que el texto de esta segunda condición para que se aplique el párrafo 9 del artículo 2 se refiere a que el reglamento técnico "*may have a significant effect on trade of other Members*" (pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros), no a que "*will have a significant effect*" (vaya a tener un efecto significativo) o "*has a significant effect*" (tenga un efecto significativo). "*May*" (pueda) se utiliza para expresar una posibilidad, no una certeza.[897] Por consiguiente, interpretamos que esas palabras significan que el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no exige probar que haya efectos reales en el comercio, sino que esta condición engloba situaciones en las que un reglamento técnico pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros.

7.530 Asimismo, observamos que el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* hace referencia a un efecto "significativo". "*Significant*" (significativo) significa "*sufficiently great or important to be worthy of attention; noteworthy*" (suficientemente grande o importante para merecer atención; digno de atención).[898] Por consiguiente, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que un "efecto significativo" engloba todos los efectos en el comercio que no son *de minimis*.[899] En este sentido, observamos que Indonesia ha presentado pruebas al Grupo Especial que demuestran que el artículo 907(a)(1)(A) tiene un efecto sustancial y digno de atención en su comercio de cigarrillos de olor con los Estados Unidos. En particular, los datos facilitados por Indonesia muestran que la gran mayoría de los cigarrillos de olor importados en los Estados Unidos proviene de Indonesia.[900] Indonesia también ha demostrado que el valor de esas importaciones ascendía aproximadamente a 15 millones de dólares EE.UU. en 2008.[901] Asimismo, señalamos que Indonesia ha aducido que lleva más de 40 años exportando cigarrillos de olor a los Estados Unidos.[902]

---

[895] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 129; declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva, párrafo 4; y respuesta de Indonesia a la pregunta 69 del Grupo Especial.

[896] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 29 y 40.

[897] *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 30 de abril de 2011. Véanse también el diccionario *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen I, página 1725, en donde se define que "*may*" (poder) significa, entre otras cosas, "*have the possibility, opportunity, or suitable conditions to; be likely to*" (tener la posibilidad, la oportunidad o las condiciones adecuadas para algo; ser probable); y el diccionario *Webster's Online Dictionary*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define que "*may*" (poder) significa, entre otras cosas, "*used to indicate possibility or probability*" (utilizado para indicar posibilidad o probabilidad).

[898] *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 30 de abril de 2011. Véanse también el diccionario *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen II, página 2835, en donde se define que "*significant*" (significativo) significa, entre otras cosas, "*[i]mportant, notable; consequential*" ([i]mportante, notable; que tiene consecuencias); y el diccionario *Webster's Online Dictionary*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define que "*significant*" (significativo) significa, entre otras cosas, "*of a noticeably or measurably large amount*" (en una cantidad considerablemente o apreciablemente grande).

[899] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Grupo Especial.

[900] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 18 y 139; respuesta de Indonesia a la pregunta 48 del Grupo Especial; primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 35.

[901] Indonesia - Pruebas documentales 68, 102; Estados Unidos - Pruebas documentales 100 y 134.

[902] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 5.

7.531 Como el artículo 907(a)(1)(A) prohíbe la importación de cigarrillos de olor en los Estados Unidos, sólo podemos llegar a la conclusión de que la repercusión del artículo 907(a)(1)(A) en el comercio de Indonesia es significativa en el sentido del párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, constatamos que también se cumple la segunda condición de la aplicación de las obligaciones que figuran en los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.532 A continuación examinaremos las alegaciones de Indonesia al amparo de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

d) El párrafo 9.2 del artículo 2: obligación de notificar el reglamento técnico en proyecto

7.533 Recordamos que el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* obliga a los Miembros a notificar a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría, cuáles serán los productos abarcados por el reglamento técnico en proyecto, indicando brevemente su objetivo y razón de ser. Tales notificaciones se deben hacer en una etapa convenientemente temprana, cuando puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen.

7.534 El Órgano de Apelación señaló en *CE - Amianto* que la obligación del párrafo 9.2 del artículo 2 exigía "identificar los productos abarcados por el reglamento técnico".[903]

7.535 Señalamos que, a diferencia del párrafo 9.3 del artículo 2, el párrafo 9.2 del artículo 2 no vincula la obligación de notificar al hecho de que un Miembro lo solicite.

7.536 Asimismo, observamos que el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplica a los "*proposed technical regulation[s]*" (en la versión inglesa). En el mismo sentido, la versión francesa del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* utiliza las palabras "le règlement technique *projeté*" y la versión española del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* utiliza las palabras "el reglamento técnico *en proyecto*". "*To propose*" se puede definir como "*to put forward [a technical regulation] for consideration by others*" (presentar [un reglamento técnico] para su examen por terceros).[904] El párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplica por tanto a lo que serían instrumentos jurídicos comprendidos en la definición de un reglamento técnico que aún estaría en forma de "proyecto", es decir, aún no aprobado ni en vigor. El texto de la segunda frase del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* refuerza esta conclusión, ya que indica que la notificación se debe hacer "en una etapa convenientemente temprana, cuando puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen". Por consiguiente, como la disposición prevé la posibilidad de modificaciones y observaciones, el reglamento técnico en cuestión no puede haberse aprobado o adoptado antes de que se haga la notificación. A nuestro juicio, el párrafo 9.2 del artículo 2 (al igual que sucede con el párrafo 6.2 del artículo 5 para los procedimientos de evaluación

---

[903] En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación constató lo siguiente:

"Evidentemente, un 'reglamento técnico' ha de ser aplicable a un producto o grupo de productos identificable. De lo contrario, la aplicación coercitiva del reglamento sería, en la práctica, imposible. También se basa en esta consideración la obligación formal, establecida en el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, de que los Miembros notifiquen a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría de la OMC, 'cuáles *serán los productos abarcados*' por un 'reglamento técnico' en proyecto (sin cursivas en el original). Está claro que para cumplir esta obligación es necesario identificar los productos abarcados por el reglamento técnico. ..."

Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 70.

[904] *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 30 de abril de 2011. Véanse también el diccionario *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen II, página 2371, en donde se define que "*proposed*" significa, entre otras cosas, "*put forward for consideration or action*" (presentado para su examen o para que se tomen medidas); y el diccionario *Webster's Online Dictionary*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define que "*proposed*" significa, entre otras cosas, "*to set forth for acceptance or rejection*" (enunciar algo para su aceptación o rechazo).

de la conformidad) forma parte del núcleo de las disposiciones de transparencia del *Acuerdo OTC*: el propósito mismo de la notificación es dar la oportunidad de formular observaciones antes de que la medida en proyecto entre en vigor, cuando aún hay tiempo para hacer cambios antes de que "sea demasiado tarde".

7.537 Una recomendación del Comité OTC sobre el momento en que se han de hacer las notificaciones aporta una orientación y un respaldo adicionales a nuestra interpretación:

> "Para cumplir lo dispuesto en los artículos 2.9.2, 3.2 (en relación con el artículo 2.9.2), 5.6.2 y 7.2 (en relación con el artículo 5.6.2), deberá hacerse la notificación cuando se disponga del texto completo del reglamento técnico en proyecto o del procedimiento para la evaluación de la conformidad en proyecto y cuando sea todavía posible introducir modificaciones y tenerlas en cuenta."[905]

7.538 Por consiguiente, examinaremos si los Estados Unidos notificaron los productos abarcados, así como el objetivo y la razón de ser del artículo 907(a)(1)(A) en una etapa convenientemente temprana, es decir, cuando estaba en forma de proyecto, antes de su adopción, cuando podían aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulasen.

7.539 Como se ha explicado *supra*, Indonesia alega que los Estados Unidos no notificaron a Indonesia por conducto de la Secretaría los productos abarcados por el artículo 907(a)(1)(A). En apoyo de su alegación, Indonesia señala a la atención del Grupo Especial "[e]l Sistema de Gestión de la Información OTC, una base de datos en la que pueden realizarse búsquedas que recoge todas las notificaciones relacionadas con el *Acuerdo OTC*, [que] muestra, a fecha de [la primera] comunicación [escrita de Indonesia] que los Estados Unidos no han presentado notificación alguna relativa a [el artículo 907(a)(1)(A)]".[906, 907]

7.540 Los Estados Unidos no han refutado la afirmación de Indonesia. Al contrario, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos reconocen no haber notificado el artículo 907(a)(1)(A) por conducto de la Secretaría de la OMC.[908] En su defensa, los Estados Unidos aducen que toda la información pertinente ha estado siempre a disposición del público, que en realidad Indonesia hizo aportaciones al proceso legislativo[909] y que los Estados Unidos "están entre los principales impulsores de la transparencia en la OMC".[910]

7.541 A nuestro juicio, independientemente del fundamento de los argumentos de los Estados Unidos, la obligación enunciada en el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es clara: los Miembros de la OMC deben notificar a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría de la OMC, los productos abarcados, el objetivo y la razón de ser de sus reglamentos técnicos en proyecto, en una etapa convenientemente temprana. Los Estados Unidos no lo han hecho en lo que se refiere al artículo 907(a)(1)(A).

7.542 Por consiguiente, al no haberse notificado a los Miembros de la OMC por conducto de la Secretaría los productos abarcados por el proyecto de artículo 907(a)(1)(A), indicando brevemente su objetivo y razón de ser, en una etapa convenientemente temprana -es decir, cuando aún podían hacerse modificaciones y observaciones-, el Grupo Especial constata que los Estados Unidos no han

---

[905] G/TBT/1/Rev.9, página 17.
[906] La primera comunicación escrita de Indonesia tiene fecha de 20 de octubre de 2010.
[907] Primera comunicación escrita de Indonesia, nota 160.
[908] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Grupo Especial.
[909] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 294; y Estados Unidos - Prueba documental 81.
[910] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 295.

cumplido las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

e) El párrafo 9.3 del artículo 2: obligación de facilitar detalles sobre el reglamento técnico en proyecto o el texto del mismo

7.543 Recordamos que el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* obliga a los Miembros, previa solicitud de otro Miembro, a facilitar detalles sobre un reglamento técnico en proyecto o el texto del mismo. Esta disposición exige también que, siempre que sea necesario, el Miembro regulador señale las partes que en sustancia difieran de las normas internacionales pertinentes. Esta última obligación no afectaría en modo alguno al presente caso porque, como hemos explicado *supra*[911], no hay normas internacionales pertinentes sobre el aroma de los cigarrillos.

7.544 Indonesia alega que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* al no responder a las preguntas de Indonesia en las que pedía que se explicasen determinados aspectos del artículo 907(a)(1)(A), recogidas en el documento G/TBT/W/323.[912] Los Estados Unidos no responden directamente a la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[913]

7.545 Observamos que, a diferencia del caso del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la obligación de facilitar detalles sobre un reglamento técnico en proyecto o el texto del mismo impuesta en virtud del párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se activa únicamente a petición de un Miembro. Sin embargo, al igual que en el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, tal obligación se limita a "los reglamentos técnicos en proyecto", es decir, los reglamentos técnicos que aún están en forma de proyecto y en los que, por tanto, como se ha explicado *supra*, puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen.

7.546 Por consiguiente, para que los Estados Unidos hubieran estado obligados en virtud del párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* a facilitar a Indonesia detalles sobre el artículo 907(a)(1)(A) o el texto del mismo, Indonesia debía haber solicitado a los Estados Unidos que lo hicieran cuando el artículo 907(a)(1)(A) aún estaba en forma de proyecto.

7.547 Como se ha explicado, Indonesia alega que su solicitud de conformidad con el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* estaba comprendida en las preguntas que formuló a los Estados Unidos a través del Comité OTC y que constan en el documento G/TBT/W/323. Observamos que la comunicación de Indonesia tenía fecha de 17 de agosto de 2009[914], es decir, casi dos meses después de que se aprobase el artículo 907(a)(1)(A), el 20 de junio de 2009. Por tanto, las preguntas formuladas por Indonesia a los Estados Unidos en el documento G/TBT/W/323 no podían referirse a un reglamento técnico "en proyecto", sino a un reglamento técnico que ya estaba aprobado. Por consiguiente, aunque se considerase que las preguntas formuladas por Indonesia en el documento

[911] Véanse los párrafos 7.523-7.525.

[912] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140. Las preguntas de Indonesia se distribuyeron a los Miembros de la OMC por medio del documento G/TBT/W/323 el 20 de agosto de 2009.

[913] Los Estados Unidos abordan el argumento de Indonesia relativo al hecho de que no respondiesen a las preguntas del documento G/TBT/W/323 en el contexto de la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En ese contexto, los Estados Unidos aducen que mantuvieron numerosos contactos con Indonesia sobre esta cuestión. En particular, hacen referencia a un debate bilateral mantenido con Indonesia en Ginebra el 27 de agosto 2009, a un debate entre el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, Ronald Kirk, y un representante de Indonesia en una reunión ministerial de la OMC en la India, y a una deliberación en la reunión del Comité OTC de noviembre de 2009. Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 280.

[914] Las preguntas de Indonesia se distribuyeron a los Miembros de la OMC por medio del documento G/TBT/W/323 el 20 de agosto de 2009.

G/TBT/W/323 eran una solicitud de detalles en el sentido del párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, esas preguntas no se referían a un reglamento técnico en proyecto.

7.548 Observamos que Indonesia no ha presentado al Grupo Especial ninguna otra prueba que pueda demostrar que solicitase a los Estados Unidos que facilitasen detalles sobre el artículo 907(a)(1)(A) o el texto del mismo cuando aún estaba en forma de proyecto.

7.549 Por consiguiente, constatamos que, al no demostrar que solicitó a los Estados Unidos que facilitasen detalles sobre el artículo 907(a)(1)(A) o el texto del mismo cuando aún estaba en forma de proyecto, Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuasen de manera incompatible con el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

f) Conclusión

7.550 Al no notificar a los Miembros de la OMC por conducto de la Secretaría cuáles serían los productos abarcados por el artículo 907(a)(1)(A) en proyecto, indicando brevemente su objetivo y razón de ser, en una etapa convenientemente temprana -es decir, cuando aún podían hacerse modificaciones y observaciones-, el Grupo Especial constata que los Estados Unidos no han cumplido las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.551 Asimismo, por las razones expuestas *supra*, constatamos que Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuasen de manera incompatible con el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

K. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 12 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC*

1. Argumentos de las partes

7.552 **Indonesia** alega que al no prever un plazo prudencial de al menos seis meses entre la publicación del artículo 907(a)(1)(A) y su entrada en vigor, los Estados Unidos infringieron las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[915] Indonesia considera que el derecho recogido en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe otorgarse, en particular, a los países en desarrollo.[916]

7.553 En su primera comunicación, Indonesia hace referencia a una decisión del Comité OTC de conformidad con la cual se entenderá que la expresión "plazo prudencial" recogida en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* "significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos".[917] Posteriormente, Indonesia explica que el Comité OTC tomó nota de la Decisión Ministerial de 2001 sobre cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación, de 14 de noviembre de 2001 ("la Decisión Ministerial de Doha")[918], y definió el "plazo prudencial" como al menos seis meses.[919] Indonesia aduce que esta interpretación del plazo prudencial es jurídicamente vinculante para los Miembros, dado que la

[915] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145.
[916] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 176.
[917] Comité OTC, Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1° de enero de 1995, G/TBT/1/Rev.8, 23 de mayo de 2002, página 32. Cabe señalar que Indonesia hizo referencia a la versión antigua de una recopilación de decisiones y recomendaciones del Comité OTC. La versión actualizada es el documento G/TBT/1/Rev.9, página 22.
[918] Decisión Ministerial de 2001 sobre cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación, de 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/17, párrafo 5.2.
[919] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151; y respuesta de Indonesia a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafos 18, 25 y 29.

Decisión Ministerial es una decisión interpretativa de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*.[920] Indonesia señala que la FSPTCA se firmó el 22 de junio de 2009 y el artículo 907(a)(1)(A) entró en vigor 90 días después. Indonesia sostiene que ese período de 90 días es inferior al criterio del "plazo prudencial" de seis meses recomendado por el Comité OTC.[921]

7.554 Según Indonesia, el criterio del "plazo prudencial" que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* está específicamente concebido para dar a los productores de los demás Miembros -en particular a los de países en desarrollo como Indonesia- un plazo adecuado para adaptarse a los nuevos reglamentos técnicos adoptados por otros Miembros. Indonesia sostiene que los Estados Unidos no satisficieron este criterio.[922]

7.555 Según Indonesia, los Estados Unidos no han demostrado que el plazo más breve aplicado estuviese justificado por alguna de las circunstancias de urgencia identificadas en el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* o que el plazo prudencial de seis meses hubiese sido ineficaz para el logro de los objetivos de la medida.[923]

7.556 Los **Estados Unidos** sostienen que Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos hayan actuado de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2.[924] Para los Estados Unidos, el argumento en el que Indonesia señala que el plazo de 90 días previsto por los Estados Unidos no era un plazo prudencial de conformidad con el párrafo 12 del artículo 2 es erróneo.[925] En lo que se refiere al hecho de que Indonesia se base en una decisión del Comité OTC, los Estados Unidos sostienen que las decisiones del Comité OTC no forman parte de los acuerdos abarcados y no dan lugar a obligaciones imperativas para los Miembros.[926] Los Estados Unidos reconocen que la decisión del Comité OTC a la que hace referencia Indonesia proporciona un contexto pertinente.

7.557 En respuesta al recurso de Indonesia a la Decisión Ministerial de Doha, los Estados Unidos aducen que no es una interpretación del *Acuerdo sobre la OMC* en el sentido del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*.[927] Según los Estados Unidos, la Decisión Ministerial de Doha podría, como mucho, considerarse un "medio de interpretación complementario" en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[928] Por tanto, según los Estados Unidos no cabe considerar que la Decisión Ministerial de Doha sea una interpretación vinculante del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[929]

7.558 Los Estados Unidos sostienen que, habida cuenta de que ni la decisión del Comité OTC ni la Decisión Ministerial de Doha son vinculantes para los Miembros de la OMC, y dado el carácter condicionado de su texto, la determinación por un grupo especial de si un plazo concreto es "prudencial" debe considerarse caso por caso. Los Estados Unidos respaldan su conclusión en la definición que dan los diccionarios del término "*reasonable*" (razonable, prudencial) que es "*in accordance with reason; not irrational or absurd*" (conforme a la razón; no irracional o

[920] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151; y respuesta de Indonesia a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafos 18 y 30.
[921] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145.
[922] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145.
[923] Respuesta de Indonesia a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 25.
[924] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 304.
[925] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 296.
[926] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 298 y 299; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 7 del Grupo Especial, párrafos 6 y 8.
[927] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 5.
[928] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 3; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 103.
[929] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 5.

absurdo).[930] Por consiguiente, para determinar si un plazo concreto es prudencial, el Grupo Especial debe sopesar si el plazo previsto está dentro de los límites de la razón o es irracional o absurdo, una determinación que depende de todos los hechos y circunstancias que rodean la adopción de la medida.[931]

7.559 A juicio de los Estados Unidos, Indonesia no ha demostrado por qué, en el caso que nos ocupa, el "plazo prudencial" no debe ser inferior a seis meses. Para los Estados Unidos, Indonesia no explica por qué un retraso de la fecha de entrada en vigor hasta los seis meses sería compatible con los objetivos de la medida.[932] En este sentido, los Estados Unidos recuerdan que el texto de la Decisión Ministerial de Doha prevé que el "plazo prudencial" será, en circunstancias normales, no inferior a los seis meses. Para los Estados Unidos, esto significa que el "plazo prudencial" puede ser inferior a seis meses.[933]

7.560 Los Estados Unidos aducen además que Indonesia no ha presentado prueba alguna que sugiera que la diferencia entre un período de 90 días y un período de seis meses afectase en modo alguno a la capacidad de los productores indonesios de "adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador". Según los Estados Unidos, los productores indonesios han podido y pueden comercializar cigarrillos aromatizados con tabaco y aromatizados con mentol en el mercado estadounidense. Sin embargo, por lo que saben los Estados Unidos, los productores indonesios, incluso después de transcurridos 16 meses desde la promulgación de la FSPTCA, no han ajustado sus líneas de productos para producir cigarrillos aromatizados con tabaco o mentol. Por tanto, a su juicio, el que los Estados Unidos esperasen tres o seis meses tras la promulgación de la medida para permitir su entrada en vigor no parece haber afectado en modo alguno a los productores indonesios.[934]

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.561 Recordamos que la FSPTCA se promulgó como ley en los Estados Unidos el 22 de junio de 2009. La medida en litigio en esta diferencia, el artículo 907(a)(1)(A), entró en vigor tres meses después de la promulgación de la FSPTCA. La cuestión sometida al Grupo Especial es, por lo tanto, si los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con las obligaciones que les impone el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* al prever un plazo de tres meses entre la promulgación de la FSPTCA y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A). En particular, la cuestión principal es si, como alega Indonesia, el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* obligaba a los Estados Unidos a prever un período *mínimo* de *seis meses* entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A).

7.562 Como en el caso de otras disposiciones examinadas en el presente asunto, nos enfrentamos a una cuestión inédita, ya que no hay informes anteriores del Órgano de Apelación o de grupos especiales en los que se haya interpretado el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por lo tanto, comenzaremos examinando la disposición jurídica en cuestión para determinar el criterio jurídico aplicable.

---

[930] *New Oxford English Dictionary*, volumen 2, 2496 (1993) (Estados Unidos - Prueba documental 82); y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 4.

[931] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 301.

[932] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 302; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 102 y 104.

[933] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 104.

[934] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 303.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.563 El párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece lo siguiente:

> "Salvo en las circunstancias urgentes mencionadas en el párrafo 10, los Miembros preverán un plazo prudencial entre la publicación de los reglamentos técnicos y su entrada en vigor, con el fin de dar tiempo a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador."

7.564 Observamos que esta disposición comienza excluyendo de la obligación de prever un plazo prudencial "las circunstancias urgentes mencionadas en el párrafo 10". Entendemos que ello significa que la obligación de prever un plazo prudencial entre la publicación de los reglamentos técnicos y su entrada en vigor no se aplicaría en el caso de que "se [...] planteasen o amenazaran con plantearse [...] problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional".[935]

7.565 Recordamos que, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos han confirmado que no notificaron el artículo 907(a)(1)(A) a la Secretaría de la OMC conforme a lo previsto en el párrafo 10.1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[936] Como expusimos en nuestras constataciones relativas a la alegación de infracción del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* formulada por Indonesia, el Grupo Especial considera que en el presente asunto no se daban las circunstancias de urgencia previstas en esa disposición. Por lo tanto, la obligación establecida en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplica en el presente asunto y, en consecuencia, los Estados Unidos estaban obligados a prever un plazo prudencial entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A).

7.566 Por consiguiente, salvo en las circunstancias urgentes descritas *supra*, el párrafo 12 del artículo 2 obliga ("shall" ("preverán")) a los Miembros a prever un "plazo prudencial" entre la publicación de los reglamentos técnicos y su entrada en vigor. En el párrafo 12 del artículo 2 también se explica la razón por la que ese plazo es necesario: "con el fin de dar tiempo a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador".

7.567 Examinaremos, por lo tanto, si el plazo previsto por los Estados Unidos entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) fue "prudencial" en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Observamos que ambas partes coinciden a este respecto en que, a efectos del párrafo 12 del artículo 2, la fecha de "publicación" del artículo 907(a)(1)(A) es el 22 de junio de 2009 (es decir, la fecha en que la FSPTCA fue promulgada) y que la fecha de "entrada en vigor" es el 22 de septiembre de 2009 (es decir la fecha en que el artículo 907(a)(1)(A) cobró efecto).[937] Ambas partes se han referido al plazo efectivamente previsto por los Estados Unidos

---

[935] Párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

[936] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 150.

[937] En respuesta a la pregunta 72 del Grupo Especial, los Estados Unidos explicaron lo siguiente: "El Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley de control del tabaco el 11 de junio de 2009. El Presidente firmó la Ley, incorporándola al ordenamiento jurídico estadounidense, el 22 de junio de 2009. La Ley, ya firmada por el Presidente, estaba a disposición del público (publicada en el sitio Web del Gobierno estadounidense dedicado a la legislación) desde el 22 de junio de 2009. El 22 de septiembre de 2009 es la fecha en que el artículo 907(a)(1)(A) cobró efecto."

indicando que es un período de 90 días o período de tres meses.[938] Se apela, por lo tanto, al Grupo Especial para que decida si el período de 90 días o tres meses que transcurrió entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) constituye un plazo prudencial en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.568 En relación con la interpretación de la expresión "plazo prudencial", Indonesia ha señalado a la atención del Grupo Especial una decisión del Comité OTC[939] adoptada en la reunión del Comité de 15 de marzo de 2002, en la que se toma nota del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha.[940] En dicha disposición de la Decisión Ministerial se establece lo siguiente:

> "A reserva de las condiciones especificadas en el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, se entenderá que la expresión 'plazo prudencial' significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos."

7.569 Observamos que las partes discrepan respecto del valor de la Decisión Ministerial de Doha como instrumento de interpretación. Indonesia aduce que la interpretación del plazo prudencial que se hace en la Decisión Ministerial de Doha es jurídicamente vinculante para los Miembros de la OMC, porque esa Decisión Ministerial es una decisión de interpretación conforme al párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*.[941]

7.570 Los Estados Unidos opinan, por el contrario, que la Decisión Ministerial de Doha no es una interpretación en el sentido del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, porque no pretende establecer una interpretación del *Acuerdo sobre la OMC*.[942] Según los Estados Unidos, no hay nada en el texto de la Decisión Ministerial de Doha que haga referencia al párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* ni que indique que se siguieron los procedimientos establecidos en esa disposición para adoptar tales interpretaciones.[943] En opinión de los Estados Unidos, la Decisión Ministerial de Doha puede considerarse, a lo sumo, un "medio de interpretación suplementario" en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena.[944]

7.571 Observamos que el *Acuerdo sobre la OMC* es categórico en cuanto a quién tiene la facultad de dictar interpretaciones autorizadas y, por lo tanto, vinculantes, de las disposiciones de los acuerdos abarcados. En efecto, en el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* se estipula lo siguiente:

> "La Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales. ... La decisión de adoptar una interpretación se tomará por mayoría de tres cuartos de los Miembros ..."

---

[938] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145; respuesta de Indonesia a las preguntas 2, párrafo 7, y 3, párrafo 10, del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 296, 298 y 302.

[939] Véase la nota 917, *supra*.

[940] Véase la nota 918, *supra*.

[941] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151; respuesta de Indonesia a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafos 18 y 30.

[942] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 5.

[943] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 5.

[944] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 3; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 103.

7.572 Por lo tanto, la Conferencia Ministerial (y el Consejo General) tienen la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones de los acuerdos abarcados.[945] La Decisión Ministerial de Doha en cuestión fue ciertamente adoptada por consenso por la Conferencia Ministerial.[946]

7.573 Observamos que en el primer considerando del preámbulo de la Decisión Ministerial de Doha se indica que la Conferencia Ministerial ha tomado una decisión en relación con los asuntos que en ella se tratan "habida cuenta", entre otras cosas, del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*. Observamos que en la Decisión no se especifica el párrafo del artículo IX al que se refería la Conferencia Ministerial, sino que se hace referencia de manera general a esa disposición como un todo. No obstante, observamos que, de los distintos párrafos del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, *sólo* el párrafo 2 se refiere a la interpretación.

7.574 Los Estados Unidos aducen, sin embargo, que la Decisión Ministerial de Doha no es una interpretación autorizada del párrafo 2 del artículo IX porque no se siguieron las prescripciones en materia de procedimiento que se establecen en esa disposición. Según señalan los Estados Unidos, el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* contempla un requisito previo que se aplica en relación con los Acuerdos de la OMC incorporados en el Anexo 1 (entre los que figura el *Acuerdo OTC*). A saber, al adoptar una interpretación autorizada del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, la Conferencia Ministerial (y el Consejo General) actuarán "sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento de ese Acuerdo". A este respecto, sugieren los Estados Unidos, parece que al adoptar la Decisión Ministerial de Doha, la Conferencia Ministerial no cumplió el requisito previo establecido en el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*; es decir, no se emitió previamente una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías, o del Comité OTC.[947] Indonesia discrepa y señala que la Decisión Ministerial de Doha se adoptó en respuesta a los problemas planteados por los países en desarrollo en relación con la aplicación de los Acuerdos de la OMC.[948] Indonesia sostiene, por lo tanto, que del párrafo 12 de la Declaración Ministerial de Doha[949] y el preámbulo de la Decisión Ministerial de Doha se desprende claramente que la interpretación se alcanzó sobre la base de debates celebrados en el Consejo General y los órganos subsidiarios de la OMC.[950]

7.575 Podría aducirse que el incumplimiento de ese requisito de forma es insuficiente para concluir que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha no es una interpretación autorizada en el sentido del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, puesto que todos los Miembros de la OMC, reunidos en una Conferencia Ministerial, convinieron en una interpretación de una disposición de los Acuerdos de la OMC. Observamos que el fin del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* es permitir que los Miembros aclaren el significado de las disposiciones de la OMC. A nuestro juicio, el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha cumple ese fin, ya que proporciona una interpretación de determinados términos que figuran en las normas de la OMC; en concreto, de la expresión "plazo prudencial" en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Esta opinión se ve respaldada por la propia formulación del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, que proporciona una interpretación de la expresión "plazo prudencial" utilizando las palabras "se

[945] Observamos que el Órgano de Apelación aclaró en *Japón - Bebidas alcohólicas II* que la adopción del informe de un grupo especial por el OSD no equivale a una interpretación definitiva del GATT 1994. A juicio del Órgano de Apelación, esta opinión se ve confirmada por el hecho de que el *Acuerdo sobre la OMC* contempla en el párrafo 2 de su artículo IX una "facultad exclusiva" para formular interpretaciones vinculantes de las obligaciones establecidas en el marco de la OMC, la cual "no se concede tácitamente o por inadvertencia en ninguna otra parte". Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 16; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, páginas 21 y 22.

[946] La Conferencia Ministerial de Doha se celebró los días 9 a 14 de noviembre de 2001.

[947] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 5.

[948] Respuesta de Indonesia a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 27.

[949] Declaración Ministerial de Doha de 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, párrafo 12.

[950] Respuesta de Indonesia a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 27.

entenderá que [...] significa ...". El uso de "se entenderá", y no de, por ejemplo, "debería entenderse" o "puede entenderse", parece indicar que la intención de la Conferencia Ministerial y, por lo tanto, del órgano de más alto nivel de la OMC, en el que se reúnen todos los Miembros, era que el párrafo 5.2 fuese vinculante.[951]

7.576 Aunque las partes discrepan en cuanto a la categorización del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha como interpretación autorizada del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, este Grupo Especial considera que ha de guiarse por él en su interpretación de la expresión "plazo prudencial", ya que fue objeto del acuerdo de todos los Miembros de la OMC reunidos en Conferencia Ministerial, que es el órgano de más alto rango de la Organización. Además, el Grupo Especial opina que, el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha podría considerarse un acuerdo ulterior entre las partes en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena.[952] Por lo que respecta a la interpretación de la expresión "plazo prudencial" en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[953]

---

[951] Observamos que en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* el Grupo Especial constató que "una Declaración carece de la fuerza obligatoria de una Decisión", puesto que es una mera "Declaración", y no una "Decisión" de los Ministros. A juicio de dicho Grupo Especial, el simple reconocimiento de la necesidad de una medida, que tiene lugar en una Declaración ministerial, no prescribe esa medida, mientras que "[e]n una Decisión Ministerial, en cambio, los Ministros 'deciden' que se adoptará determinada medida". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 6.17. En *Estados Unidos - EVE*, el Órgano de Apelación explicó que las "decisiones" del GATT, en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC*, sirven de "guía" a la OMC. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 115.

[952] El párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* dispone lo siguiente: "3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones ...". En *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II)/ CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, el Órgano de Apelación se refirió al comentario de la Comisión de Derecho Internacional ("CDI") acerca de los proyectos de artículos sobre el derecho de los tratados, en el que se describe un acuerdo ulterior como "otro elemento auténtico de interpretación que hay que tener en cuenta, juntamente con el contexto". El Órgano de Apelación concluyó que, al referirse a la "interpretación auténtica", "la CDI entiende que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 [de la *Convención de Viena*] alude a acuerdos que concretamente guardan relación con la interpretación de un tratado". "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones, Ginebra, 4 de mayo a 19 de julio de 1966", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1966), volumen II, página 243, párrafo 14; informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 390.

[953] Observamos que los Estados Unidos han presentado el argumento de que la Decisión Ministerial de Doha puede considerarse, a lo sumo, un "medio de interpretación complementario" en el sentido del artículo 32 de la *Convención de Viena* (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 3; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 103). El artículo 32 de la *Convención de Viena* dispone lo siguiente:

> "Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:
> a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
> b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable."

Observamos que el artículo 32 de la *Convención de Viena* permite al intérprete del tratado acudir a medios de interpretación complementarios si, después de aplicar el artículo 31 de la *Convención de Viena*, el significado de la expresión sigue siendo ambiguo u oscuro, o conduce a un resultado que es manifiestamente absurdo o irrazonable. Señalamos que, en el caso de que la Decisión Ministerial de Doha no constituyera un acuerdo ulterior, *quid non*, todavía podríamos valernos de ella para confirmar nuestra interpretación del concepto de plazo prudencial en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, o incluso para determinar el significado de ese concepto si la expresión sigue siendo ambigua u oscura.

7.577 Pasamos, por lo tanto, a examinar el propio texto del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha para determinar si sería de ayuda para este Grupo Especial en su tarea de decidir si el plazo de tres meses previsto por los Estados Unidos entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) constituye un plazo prudencial en el sentido del párrafo 12 del artículo 2.

7.578 Recordamos que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha dispone que "se entenderá que la expresión 'plazo prudencial' significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos". El Grupo Especial observa que el período no inferior a seis meses está matizado por la expresión "*normally*" (normalmente), la cual, por lo tanto, parece limitar la obligación a aquellos casos que se producen "*under normal or usual conditions; as a rule*" (en condiciones normales o habituales; por lo general).[954]

7.579 Los Estados Unidos aducen que, dado que la obligación está matizada con el término "normalmente", no se espera del Miembro que prevea una demora de seis meses en todos los casos, y precisamente no en aquellos en que demorar la entrada en vigor podría menoscabar la capacidad de la medida de cumplir el objetivo legítimo.[955] Los Estados Unidos sostienen además que, habida cuenta de que la Decisión Ministerial de Doha no obliga a los Miembros de la OMC y, además, se expresa de manera matizada, los grupos especiales han de determinar si una determinada demora es "razonable" atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso.[956] Los Estados Unidos aducen también en apoyo de su conclusión la definición que da el diccionario del término "*reasonable*" (razonable, prudencial), a saber, "*in accordance with reason; not irrational or absurd*" (conforme a la razón; no irracional o absurdo).[957] Por lo tanto, aducen, para determinar si un determinado plazo es prudencial, el Grupo Especial ha de sopesar si el plazo previsto es conforme a razón o si es irracional o absurdo, determinación que depende de todos los hechos y circunstancias que rodean a la promulgación de la medida.[958]

7.580 Estamos de acuerdo en que la inclusión del término "normalmente" antes de definir la duración de seis meses del plazo prudencial matiza la duración de ese plazo. El Grupo Especial ha considerado si podría entenderse que "normalmente" significa "en cualquier caso distinto de las circunstancias de urgencia", y ha concluido que, desde el punto de vista del análisis textual, no puede entenderse tal cosa. Como se ha explicado *supra*, en la primera frase del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* ya se dispone que éste se aplica "[s]alvo en las circunstancias urgentes mencionadas en el párrafo 10". En consecuencia, si entendiéramos que la palabra "normalmente" en el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha significa "salvo en circunstancias urgentes", estaríamos de hecho excluyendo esta última expresión del texto de la primera frase del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, o la palabra "normalmente" del texto del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha. Opinamos, por lo tanto, que la pauta de los seis meses no se aplica indiscriminadamente a todos los casos no urgentes, y que puede haber casos no urgentes en que sería razonable un plazo más corto, y otros en que el plazo debería ser de más de seis meses.

7.581 También coincidimos con los Estados Unidos en que un examen de si un plazo es prudencial en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe hacerse caso por caso. Por lo tanto, examinaremos las circunstancias de la adopción del artículo 907(a)(1)(A) para decidir si los Estados Unidos satisficieron la obligación de prever un "plazo prudencial" entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A), establecida en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

---

[954] *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 25 de mayo de 2011.
[955] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 300.
[956] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 301.
[957] *New Oxford English Dictionary*, volumen 2, página 2496 (1993) (Estados Unidos - Prueba documental 82).
[958] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 301.

En particular, consideraremos si, teniendo en cuenta las circunstancias del presente asunto, el período de tres meses previsto por los Estados Unidos entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) fue suficiente para constituir un plazo prudencial en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, o si los Estados Unidos deberían haber previsto al menos seis meses entre ambas fechas. Sin embargo, por las razones ya explicadas *supra*, si bien nuestro examen ha de atender a las circunstancias y hechos específicos de este caso, nos orientaremos por la norma general establecida en la Decisión Ministerial de Doha.

7.582 El texto del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* nos ofrece algunas indicaciones en cuanto a lo que ha de examinarse en un determinado caso. En efecto, en esa disposición se explica que la razón de prever un plazo prudencial entre la publicación y la entrada en vigor de un reglamento técnico es dar tiempo a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador. Por lo tanto, el Grupo Especial puede examinar si el período de tres meses previsto por los Estados Unidos entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) dio a Indonesia tiempo para que sus productores adaptaran sus productos o métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador.

7.583 Los Estados Unidos aducen que Indonesia no ha aportado ninguna prueba que indique que la diferencia entre un período de tres meses y un período de seis meses tuviera algún efecto en la capacidad de los productores indonesios de "adaptar sus productos o métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador". Según afirman los Estados Unidos, los productores indonesios han podido y pueden comercializar cigarrillos aromatizados con tabaco y aromatizados con mentol en el mercado estadounidense. Sin embargo, hasta donde saben los Estados Unidos, los productores indonesios, incluso después de transcurridos 16 meses desde la promulgación de la FSPTCA, no han ajustado sus líneas de productos para producir cigarrillos aromatizados con tabaco o con mentol. Por lo tanto, aducen los Estados Unidos, que los Estados Unidos esperaran tres o seis meses tras la promulgación de la medida para permitir su entrada en vigor no parece haber afectado de ningún modo a los productores indonesios.[959]

7.584 En su examen de si Indonesia ha tenido tiempo suficiente para prepararse para la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor, el Grupo Especial observa que Indonesia ha participado en el proceso legislativo estadounidense que dio lugar a la adopción del artículo 907(a)(1)(A) y que, por lo tanto, tenía conocimiento de que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor estaba próxima. A este respecto, Indonesia nos dice que en múltiples ocasiones comunicó sus preocupaciones a la Casa Blanca y la Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales ("USTR").[960] Por ejemplo, el 15 de mayo de 2009, en las reuniones bilaterales a nivel ministerial celebradas en Washington, D.C., Indonesia comunicó a la USTR sus preocupaciones por la discriminación contra los cigarrillos de clavo de olor que entrañaba la Ley. Cuando la Cámara de Representantes de los Estados Unidos examinó por primera vez la legislación, en julio de 2008[961], el entonces Secretario de Salud y Servicios Sociales, Mike Leavitt, envió una carta al Vicepresidente del Comité Nacional de Energía y Comercio, Joe Barton, en la que manifestaba sus preocupaciones por la legislación en la forma en que estaba redactada. Entre las preocupaciones planteadas por el Secretario Leavitt figuraba la siguiente:

---

[959] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 303.

[960] *Véanse* la carta dirigida por la Excma. Sra. Mari Pangestu, Ministra de Comercio de Indonesia, al Embajador Ron Kirk, Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, 3 de julio de 2009; la carta dirigida por el Excmo. Sr. Sudjadnan Parnohadiningrat, Embajador de Indonesia en los Estados Unidos, a Harry Reid, jefe del grupo mayoritario en el Senado de los Estados Unidos, el 8 de abril de 2009; y la carta de la Excma. Sra. Mari Pangestu, Ministra de Comercio de Indonesia, a la Embajadora Susan C. Schwab, 28 de agosto de 2007 (Indonesia - Prueba documental 15).

[961] Es decir, más de un año antes de la adopción de la FSPTCA, que fue firmada el 22 de junio de 2009.

> "Nuestros interlocutores comerciales creen que, al prohibir la venta de cigarrillos de clavo de olor pero no la de cigarrillos mentolados, el proyecto de ley suscita interrogantes en relación con las obligaciones comerciales internacionales de los Estados Unidos. El Gobierno de Indonesia se ha opuesto repetidamente al proyecto de ley por el motivo de que ese tratamiento dispar es injustificado e incompatible con las normas comerciales de la OMC. Por consiguiente, recomiendo que el Comité reexamine el texto pertinente a la luz de lo anterior para asegurarse de que el proyecto de ley sea compatible con las obligaciones comerciales de los Estados Unidos."[962]

7.585 Puede aducirse que, al tener una participación activa en el proceso legislativo, Indonesia había tenido aviso suficiente de la inminente adopción del artículo 907(a)(1)(A) a fin de preparar a la rama de producción nacional para la prohibición. En esa hipótesis, el hecho de que el plazo previsto por los Estados Unidos fuera de tres meses en lugar de seis no tendría consecuencias significativas. Sin embargo, esta cuestión puede enfocarse también desde un ángulo diferente, a saber, el de las expectativas generadas por la propia Decisión de Doha relativa a la aplicación. En efecto, como se ha expuesto *supra*, todos los Miembros, reunidos en Conferencia Ministerial, acordaron que el plazo prudencial sería normalmente, es decir, por regla general, de al menos seis meses. Indonesia, pese a haber participado en el proceso legislativo, podría razonablemente haber esperado disponer de al menos seis meses para ajustar su rama de producción nacional. Además, la participación activa de Indonesia en el proceso legislativo es un indicio firme de que consideraba que había cuando menos alguna posibilidad de excluir los cigarrillos de clavo de olor del ámbito de aplicación de la prohibición.

7.586 El texto del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha también nos proporciona orientaciones útiles en cuanto a qué circunstancias examinar. Recordamos que la Decisión Ministerial de Doha indica que se entenderá que el plazo prudencial significa normalmente un período no inferior a seis meses, "salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos".

7.587 A este respecto, Indonesia aduce que "ni la propia Ley ni ninguna otra declaración de los Estados Unidos indican que hacer que el [artículo 907(a)(1)(A)] entrara en vigor 90 días después de su firma fuera necesario para cumplir sus objetivos".[963] Aduce además que los Estados Unidos conceden que el artículo 907(a)(1)(A) no hacía frente a un "problema urgente" en el sentido del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[964]

7.588 Los Estados Unidos aducen que la FSPTCA "hace frente directamente a un problema grave, el consumo de tabaco entre los jóvenes", y que "el Congreso tenía intención de limitar ese comportamiento tanto como fuera posible".[965]

7.589 Recordamos la larga historia legislativa de la FSPTCA. Recordamos también que hemos constatado que, a falta de pruebas o argumentos de que se planteasen o amenazaran plantearse problemas urgentes de sanidad, entre otros, en el momento de la adopción del artículo 907(a)(1)(A), esas circunstancias urgentes no estaban presentes.[966]

---

[962] Carta dirigida por el Secretario del HHS, Mike Leavitt, al miembro del Congreso, Joe Barton, 21 de julio de 2008 (Indonesia - Prueba documental 16) página 2. Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 24. Examinamos con más detalle *infra*, en el contexto del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, la participación de Indonesia en el proceso legislativo estadounidense y las respuestas de figuras destacadas del Gobierno de los Estados Unidos a esa participación.

[963] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145.

[964] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151.

[965] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 302.

[966] Véase la sección VII.I.2 c).

7.590 Observamos también que no se discute que, en el momento de la prohibición, los cigarrillos de clavo de olor ya se habían vendido en los Estados Unidos durante aproximadamente 40 años, y que, como mínimo en los 10 años que precedieron a la prohibición, tuvieron una cuota de mercado constante. Por otro lado, los demás cigarrillos aromatizados prohibidos por el artículo 907(a)(1)(A) habían sido introducidos en el mercado estadounidense varios años antes de la prohibición y no tenían una cuota de mercado considerable en el momento de la prohibición.

7.591 Los Estados Unidos aducen que Indonesia no ha satisfecho la carga que le incumbe de demostrar que el período de tres meses previsto por los Estados Unidos no es prudencial, porque no explicó por qué el hecho de demorar seis meses la fecha de entrada en vigor sería compatible con los objetivos de la medida.[967] No estamos de acuerdo. Recordamos que en *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana* el Órgano de Apelación constató que "la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción".[968] Recordamos también que "la acreditación *prima facie* es aquella que requiere, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, que el Grupo Especial, como cuestión de derecho, se pronuncie en favor del reclamante que efectúe la acreditación *prima facie*".[969]

7.592 Consideramos que Indonesia ha acreditado *prima facie* que prever al menos seis meses entre la fecha de publicación del artículo 907(a)(1)(A) y su fecha de entrada en vigor no haría que dejara de ser factible el cumplimiento del objetivo perseguido por el artículo 907(a)(1)(A). Por lo tanto, recaía sobre los Estados Unidos la carga de demostrar por qué el plazo entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) debe considerarse fuera de la regla general y, por consiguiente, por qué tuvo que ser inferior al período "normal" "no inferior a seis meses". Los Estados Unidos no han formulado ninguna argumentación ni presentado pruebas a este respecto.

7.593 No estamos convencidos, por lo tanto, de que demorar la prohibición seis meses, en lugar del período de tres meses previsto en el artículo 907(a)(1)(A), hubiera hecho que dejara de ser factible el cumplimiento del objetivo perseguido por los Estados Unidos. Los Estados Unidos no han explicado al Grupo Especial por qué estimaron que prever un plazo de 90 días/tres meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) no hacía que dejara de ser factible el cumplimiento del objetivo perseguido por el artículo 907(a)(1)(A), mientras que un plazo de seis meses sí lo hubiera hecho. Los Estados Unidos tampoco han explicado por qué seis meses hacía que dejara de ser factible, habida cuenta de que el Gobierno de los Estados Unidos no había estimado necesario notificar el artículo 907(a)(1)(A) como medida urgente, de conformidad con el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.594 No estamos diciendo que la carga de la prueba en una alegación al amparo del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* recaiga sobre el demandado.[970] La carga de la prueba incumbe a Indonesia. Lo que decimos es que Indonesia ha persuadido al Grupo Especial de que, a la luz del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, un plazo inferior a seis meses no era prudencial en las circunstancias del presente asunto, y que los Estados Unidos no han refutado esa presunción.

[967] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 302.
[968] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 15.
[969] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 104. Confirmado por el Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 98 y136; y en *Japón - Manzanas*, párrafo 159.
[970] Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafos 274, 275 y 282.

c) Conclusión

7.595 El Grupo Especial constata que, al no prever un plazo de al menos seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A), los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

L. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 12 DEL *ACUERDO OTC*

1. Argumentos de las partes

7.596 **Indonesia** alega que el artículo 907(a)(1)(A) infringe el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* porque la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor creó un obstáculo innecesario para las exportaciones de un país en desarrollo. Sostiene que ya ha demostrado en el marco de su alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor creó un obstáculo innecesario para las exportaciones de Indonesia.[971] Aduce que, dado que la venta de cigarrillos de clavo de olor en los Estados Unidos estaba compuesta principalmente de importaciones procedentes de Indonesia, los Estados Unidos estaban obligados a tener en cuenta las necesidades especiales en materia de desarrollo y comercio de Indonesia, que es un país en desarrollo Miembro.[972] La fabricación de cigarrillos y el cultivo de tabaco dan empleo directa o indirectamente a no menos de 6 millones de indonesios.[973] Indonesia afirma que manifestó en varias ocasiones a los Estados Unidos sus preocupaciones por el efecto que la prohibición tendría en su comercio, en el marco de conversaciones bilaterales celebradas en agosto de 2009, en las preguntas de Indonesia concernientes a la justificación del artículo 907(a)(1)(A) que se distribuyeron en el documento G/TBT/W/32 y en declaraciones formuladas en la reunión del Comité OTC celebrada en noviembre de 2009.[974] Indonesia afirma que los Estados Unidos hicieron caso omiso de las preocupaciones reiteradamente expuestas por Indonesia, y nunca ofrecieron ninguna justificación de la medida ni explicaron a Indonesia cómo habían cumplido las obligaciones que les impone el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, a la luz del efecto significativo que el artículo 907(a)(1)(A) tendría en el comercio y el desarrollo de Indonesia.[975]

7.597 Indonesia sostiene que no puede afirmarse que los Estados Unidos han cumplido la obligación que les impone el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* meramente permitiendo que Indonesia hiciera observaciones sobre el artículo 907(a)(1)(A) y meramente escuchando esas observaciones.[976] Añade que el párrafo 9.4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* ya garantiza ese derecho y que, por lo tanto, la interpretación que hacen los Estados Unidos del párrafo 3 del artículo 12 privaría de razón de ser a esa disposición.[977] A juicio de Indonesia, el párrafo 3 del artículo 12 exige que los Miembros "hagan

[971] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 147.
[972] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 147.
[973] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 5; y respuesta de Indonesia a la pregunta 114 del Grupo Especial, párrafos 68-70.
[974] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 147; respuesta de Indonesia a la pregunta 76 del Grupo Especial, párrafo 151; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 154.
[975] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 147.
[976] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 184-186.
[977] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 185; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 156 y 157; y observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Grupo Especial, párrafo 74.

algo".[978] Indonesia sostiene que los Estados Unidos no pueden señalar ningún punto de la Ley o de su historia legislativa en que el Congreso mencionara siquiera la expresión "país en desarrollo".[979]

7.598 Indonesia sostiene que el Grupo Especial debe actuar con gran cautela antes de trasponer cualquier aspecto del razonamiento del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* a la interpretación del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, dado que, a juicio de Indonesia, el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* difiere del párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo MSF* en que el primero "prescribe un resultado concreto que debe alcanzarse".[980] Con todo, Indonesia cree que varios aspectos del informe del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* son útiles para comprender y esclarecer el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* en la presente diferencia.[981] Entre otras cosas, al parecer Indonesia comparte la interpretación que hace ese Grupo Especial de la expresión "tener en cuenta", y recuerda que dicho Grupo Especial declaró que "tener en cuenta" implica "considerar junto con otros factores antes de adoptar una decisión".[982]

7.599 Indonesia aclara que no afirma que la última parte del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* enuncia una prohibición jurídica independiente respecto de la creación de obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros.[983] Sostiene que, aunque un país en desarrollo que invoque el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* no tiene que probar, para activar la protección de esa disposición, que comunicó sus necesidades especiales en materia de desarrollo, financieras y comerciales al país desarrollado Miembro que promulga un reglamento técnico[984], de hecho Indonesia lo hizo en varias ocasiones.[985] Afirma que no es necesario que el Grupo Especial especule sobre el tipo de pruebas que sería suficiente para establecer que un Miembro que aplica un reglamento técnico cumplió la obligación de "tener en cuenta" las necesidades especiales de los países en desarrollo; lejos de ello, lo que hicieron los Estados Unidos es evidente, y la única pregunta es si esos actos satisficieron las prescripciones del párrafo 3 del artículo 12.[986]

7.600 En respuesta a la pregunta de los Estados Unidos sobre si Indonesia es un "país en desarrollo", Indonesia observa que el Banco Mundial clasifica a Indonesia como país en desarrollo, que la condición de país en desarrollo Miembro de la OMC de Indonesia fue reconocida en *Indonesia - Automóviles*, y que, además, Indonesia es miembro del G-33 de países en desarrollo Miembros de la OMC.[987]

7.601 Indonesia sostiene que no hay en el texto del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* nada que implique que las necesidades de los países en desarrollo tengan que ser "específicas" de los países en desarrollo, sino que esa disposición indica que las "necesidades [...] que en materia de desarrollo,

---

[978] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 184-186.

[979] Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 187.

[980] Respuesta de Indonesia a la pregunta 73 del Grupo Especial, párrafo 145; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 153.

[981] Respuesta de Indonesia a la pregunta 73 del Grupo Especial, párrafo 146.

[982] Segunda comunicación escrita de Indonesia, nota 276 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1620).

[983] Respuesta de Indonesia a la pregunta 74 del Grupo Especial, párrafo 147.

[984] Respuesta de Indonesia a la pregunta 75 del Grupo Especial, párrafos 148-150; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 153.

[985] Respuesta de Indonesia a la pregunta 76 del Grupo Especial, párrafo 151; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 154.

[986] Respuesta de Indonesia a la pregunta 77 del Grupo Especial, párrafos 152 y 153; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 155.

[987] Segunda comunicación escrita de Indonesia, nota 277.

finanzas y comercio tengan los países en desarrollo Miembros" son las necesidades "especiales" de los países en desarrollo que han de tenerse en cuenta.[988]

7.602 Los **Estados Unidos** sostienen que Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaran de forma incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*. Aducen que para establecer una infracción del párrafo 3 del artículo 12 la parte reclamante ha de demostrar lo siguiente: a) que es un país en desarrollo; b) que el otro Miembro no tuvo en cuenta sus necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas o comercio en la elaboración y aplicación de un reglamento técnico; y c) que el Miembro no tuvo en cuenta esas necesidades a fin de asegurarse de que el reglamento técnico no cree obstáculos innecesarios para las exportaciones.[989]

7.603 Los Estados Unidos sostienen que, aun suponiendo, *a efectos de argumentación*, que Indonesia es un país en desarrollo, Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos no tuvieran en cuenta una o varias necesidades especiales de Indonesia al promulgar la ley. Por el contrario, en los cinco años transcurridos desde la introducción del primer proyecto de ley para su debate en la Cámara de Representantes en 2004 hasta su promulgación en 2009, Indonesia tuvo amplia oportunidad para dar a conocer sus opiniones tanto en el Congreso como al Ejecutivo y, de hecho, las dio a conocer. Los Estados Unidos recuerdan que Indonesia tuvo numerosas comunicaciones con el Congreso y el Ejecutivo, por lo que los Estados Unidos conocían bien la opinión de Indonesia. Los Estados Unidos sostienen que, al dar a Indonesia la oportunidad de hacer observaciones sobre versiones anteriores de la legislación, así como sobre la versión que efectivamente se promulgó como norma del ordenamiento jurídico estadounidense, los Estados Unidos cumplieron las obligaciones que les impone el párrafo 3 del artículo 12.[990]

7.604 Los Estados Unidos aducen además que el párrafo 3 del artículo 12 no requiere que el país desarrollado Miembro acepte todas las recomendaciones que presente el país en desarrollo Miembro, y que el hecho de que el Congreso decidiera valorar la salud pública por encima de los intereses de los fabricantes de cigarrillos, tanto nacionales como extranjeros, no implica que los Estados Unidos hayan actuado de forma incompatible con el párrafo 3 del artículo 12.[991]

7.605 Los Estados Unidos sostienen que Indonesia no ha establecido que el artículo 907(a)(1)(A) crea un obstáculo innecesario para las exportaciones, por las razones que se expusieron en relación con la alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.[992]

7.606 Los Estados Unidos sostienen que, en razón de las similitudes entre las disposiciones, el párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo MSF* constituye un contexto pertinente para la interpretación del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, y que informes anteriores de la OMC en los que se examina el significado del párrafo 1 del artículo 10, como el informe del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, pueden ser instructivos para el Grupo Especial en la presente diferencia.[993]

---

[988] Respuesta de Indonesia a la pregunta 113 del Grupo Especial, párrafos 66 y 67.

[989] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 307.

[990] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 308; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 109.

[991] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 309; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 77 del Grupo Especial, párrafo 158; declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 109; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Grupo Especial, párrafo 118.

[992] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 310.

[993] Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 74 del Grupo Especial, párrafo 152; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 109.

7.607 Además, los Estados Unidos aducen que Indonesia no ha identificado "necesidades especiales [....] en materia de desarrollo, finanzas [o] comercio" específicas de un país en desarrollo que Indonesia tuviera y que los Estados Unidos no hayan tenido en cuenta.[994] En la medida en que Indonesia aduzca que la medida acarrea riesgo de desempleo, el riesgo de desempleo no puede ser una "necesidad especial", ya que la tasa de desempleo de los ciudadanos preocupa a todo gobierno.[995] Además, Indonesia no ha aportado ninguna prueba fiable de que el artículo 907(a)(1)(A) haya tenido alguna repercusión en el empleo en Indonesia, y mucho menos "el grave efecto desfavorable" que Indonesia menciona repetidamente.[996] A juicio de los Estados Unidos, la interpretación que hace Indonesia del párrafo 3 del artículo 12 excluiría del texto el término "especial".[997]

7.608 En cuanto al criterio jurídico en cuestión, los Estados Unidos sostienen que no basta con que Indonesia diga simplemente que es necesario "algo" más de que lo que los Estados Unidos han hecho, sin explicar qué es exactamente ese "algo" más.[998]

7.609 Por último, la tesis de los Estados Unidos no torna el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* redundante con respecto al párrafo 9.4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, como Indonesia alega. El párrafo 9.4 del artículo 2 podría proporcionar, en algunos casos, un mecanismo para el diálogo sobre las "necesidades especiales" a las que hace referencia el párrafo 3 del artículo 12. La obligación del párrafo 9.4 del artículo 2 es sólo una en el conjunto de las obligaciones que se establecen en el párrafo 9 del artículo 2. Si se satisfacen las condiciones previstas en el preámbulo del párrafo 9 del artículo 2, se activan los mecanismos de transparencia descritos en el párrafo 9 del artículo 2. El párrafo 3 del artículo 12 no está sujeto a una condición de esa índole, y en él no se especifica un determinado mecanismo para facilitar las comunicaciones. Desde este punto de vista, el párrafo 3 del artículo 12 establece una obligación más amplia que la prevista en el párrafo 9.4 del artículo 2. El hecho de que en algunas circunstancias pueda satisfacerse el párrafo 3 del artículo 12 satisfaciendo el párrafo 9.4 del artículo 2 no significa que el párrafo 3 del artículo 12 sea superfluo.[999]

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.610 La cuestión sometida al Grupo Especial es si los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* al no tener en cuenta las necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio de Indonesia, un país en desarrollo Miembro.

---

[994] Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 75 y 77 del Grupo Especial, párrafos 155 y 157.

[995] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 107.

[996] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 108; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 114 del Grupo Especial, párrafo 78.

[997] Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 113 del Grupo Especial, párrafo 73.

[998] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 106; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Grupo Especial, párrafo 118.

[999] Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 110; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Grupo Especial, párrafo 117; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 113 del Grupo Especial, párrafo 75.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.611 Observamos que el artículo 12 del *Acuerdo OTC* se titula "Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo Miembros". El párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* dispone lo siguiente:

> "Los Miembros, cuando preparen o apliquen reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad, tendrán en cuenta las necesidades especiales que en materia de desarrollo, finanzas y comercio tengan los países en desarrollo Miembros, con el fin de asegurarse de que dichos reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la determinación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros."

7.612 En el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Grupo Especial observó que "el párrafo 3 del artículo 12 exige que, cuando preparen o apliquen reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad, los Miembros tengan en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros".[1000] Ese Grupo Especial observó también que "el párrafo 3 del artículo 12 constituye una aplicación específica de la obligación prevista en el párrafo 2 del mismo artículo de tener en cuenta las necesidades de los países en desarrollo al aplicar el *Acuerdo OTC* en el plano internacional".[1001]

7.613 No hay, aparte de lo anterior, ninguna jurisprudencia sustancial en relación con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, y en ningún informe anterior del Órgano de Apelación o de un grupo especial se aborda la cuestión de qué criterio jurídico debe aplicarse para establecer la existencia de una infracción del párrafo 3 del artículo 12.

c) Ámbito de aplicación de la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*

7.614 El Grupo Especial observa que determinados elementos de la solicitud de establecimiento de un grupo especial y de comunicaciones posteriores presentadas por Indonesia indican que, a juicio de Indonesia, la pregunta pertinente en el marco del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* es si la medida "creó un obstáculo innecesario para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros".[1002] En la medida en que Indonesia esté aduciendo que el párrafo 3 del artículo 12 incorpora una prohibición de la creación de obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo, el Grupo Especial no puede suscribir esa tesis. A nuestro entender, el párrafo 3 del artículo 12 establece la obligación de "tener en cuenta" las necesidades especiales que en materia

---

[1000] Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.47, inciso 75.

[1001] Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.47, inciso 77.

[1002] Observamos que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se declara que la medida en litigio, es decir, el artículo 907(a)(1)(A), es incompatible con "el párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC, porque la prohibición creó un obstáculo innecesario para las exportaciones de los países en desarrollo". Documento WT/DS406/2, página 2. En toda su primera comunicación escrita, Indonesia afirma que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 porque crea un obstáculo innecesario para las exportaciones de Indonesia. Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 12, sección V.I 8 (titulada "La norma especial infringe el párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC porque la prohibición creó un obstáculo innecesario para las exportaciones de un país en desarrollo"), y párrafo 147.

No obstante en otros lugares Indonesia parece estar de acuerdo en que la pregunta pertinente en el marco del párrafo 3 del artículo 12 es si el Miembro de que se trata "t[uvo] en cuenta" o no las necesidades de los países en desarrollo Miembros. Véase, por ejemplo, la respuesta de Indonesia a la pregunta 74 del Grupo Especial, párrafo 147.

de desarrollo, finanzas y comercio tengan los países en desarrollo Miembros. Entendemos que la última parte de la frase del párrafo 3 del artículo 12 ofrece orientación acerca de *cómo* y *por qué* el Miembro que prepara o aplica el reglamento técnico debe "tener en cuenta" esas necesidades especiales, a saber, "*with a view to*" ("con el fin de") asegurarse de que dichos reglamentos técnicos no creen obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros.

7.615 A nuestro juicio, esta interpretación se sigue naturalmente del claro texto del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*. Nos resulta difícil interpretar que una disposición estructurada en los términos del párrafo 3 del artículo 12 -es decir, estructurada con la forma "los Miembros tendrán en cuenta ..., con el fin de ..."- signifique que las palabras que siguen a "con el fin de ..." establezcan una obligación añadida, o un elemento de una alegación distinto. Las versiones española y francesa del párrafo 3 del artículo 12 están redactadas de la misma forma que la versión inglesa[1003], lo que confirma la opinión de que la primera parte del párrafo 3 del artículo 12 establece una obligación de "tener en cuenta" las necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio de los países en desarrollo Miembros, mientras que la última parte de la frase del párrafo 3 del artículo 12 simplemente proporciona orientación sobre *cómo* y *por qué* el Miembro que prepara o aplica el reglamento técnico debe "tener en cuenta" esas necesidades especiales.

7.616 También encontramos apoyo para nuestra interpretación del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* al leer esa disposición en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Esta última disposición, que prohíbe claramente a los Miembros adoptar reglamentos técnicos que creen obstáculos innecesarios al comercio, tiene una redacción y una estructura diferentes de la obligación que establece el párrafo 3 del artículo 12. Además, no resulta claro qué objeto o fin podría tener reiterar en el párrafo 3 del artículo 12 la obligación ya recogida en el párrafo 2 del artículo 2. Cualquier medida englobada en una obligación en el marco del párrafo 3 del artículo 12 de asegurarse de que los reglamentos técnicos "no creen obstáculos innecesarios para las importaciones de los países en desarrollo Miembros" estaría ya englobada y subsumida en la obligación enunciada en el párrafo 2 del artículo 2 de asegurarse de que los reglamentos técnicos no creen "obstáculos innecesarios al comercio internacional" (tal como se definen en la segunda frase de esta última disposición). En consecuencia, si se leyera el párrafo 3 del artículo 12 en el sentido de que incluye esa obligación, parecería que es redundante y superflua a la luz del párrafo 2 del artículo 2.

7.617 Por estas razones, no interpretamos el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* en el sentido de que establece una obligación de no crear "obstáculos innecesarios a las exportaciones de los países en desarrollo Miembros". En contra de lo afirmado en algunos argumentos de Indonesia, esa disposición, a nuestro juicio, "no prescribe un resultado concreto que deba alcanzarse".[1004] Antes bien, interpretamos el párrafo 3 del artículo 12 como una obligación de "tener en cuenta" las necesidades especiales de los países en desarrollo. Esto significa que el objeto y el alcance de la indagación en el marco del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* difieren significativamente de aquellos en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y el hecho de constatar que una

[1003] El texto de las versiones francesa e inglesa del párrafo 3 del artículo 12 es el siguiente:
"*Dans l'élaboration et l'application des règlements techniques, des normes et des procédures d'évaluation de la conformité, les Membres tiendront compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres, pour faire en sorte que ces règlements techniques, normes et procédures d'évaluation de la conformité ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres.*"
"*Members shall, in the preparation and application of technical regulations, standards and conformity assessment procedures, take account of the special development, financial and trade needs of developing country Members, with a view to ensuring that such technical regulations, standards and conformity assessment procedures do not create unnecessary obstacles to exports from developing country Members.*"
[1004] Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 153.

medida es compatible (o incompatible) con el párrafo 2 del artículo 2 no responde a la pregunta de si esa medida es incompatible con el párrafo 3 del artículo 12. Por lo tanto, cuando un grupo especial constata que un Miembro ha adoptado un reglamento técnico que *es* más restrictivo del comercio de lo necesario para cumplir un objetivo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, esa constatación no prueba que el Miembro *no* haya tenido en cuenta las necesidades del país en desarrollo en la preparación y aplicación de esa medida. Y a la inversa, cuando un grupo especial constata que un Miembro ha adoptado un reglamento técnico que *no* es más restrictivo del comercio de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, ello no prueba que el Miembro haya tenido en cuenta las necesidades del país en desarrollo al preparar y aplicar esa medida.

7.618 Por supuesto, incluso si el Grupo Especial supusiera, a efectos de argumentación, que el párrafo 3 del artículo 12 prohíbe la adopción de reglamentos técnicos que crean obstáculos innecesarios para las exportaciones de países en desarrollo, el Grupo Especial ya ha constatado que el artículo 907(a)(1)(A) no restringe el comercio más de lo necesario para cumplir un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.[1005] Si el párrafo 3 del artículo 12 exigiera el mismo análisis que el párrafo 2 del artículo 2, la referida constatación se aplicaría igualmente en el contexto del párrafo 3 del artículo 12.

7.619 Continuaremos, por lo tanto, nuestro análisis de los elementos que Indonesia ha de demostrar para probar que los Estados Unidos han infringido el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* al no tener en cuenta las necesidades especiales de Indonesia en tanto que país en desarrollo.

d) Elementos de la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*

7.620 Entendemos que, conforme a la redacción del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, deben demostrarse tres elementos para establecer la existencia de una infracción de la obligación que esa disposición enuncia. En particular, el Grupo Especial considera que Indonesia debe demostrar lo siguiente:

a) que Indonesia es un "país en desarrollo";

b) que Indonesia tiene "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" que resultan afectadas por el artículo 907(a)(1)(A); y

c) que los Estados Unidos no "tuvieron en cuenta" las necesidades especiales de Indonesia en materia de finanzas, desarrollo y comercio.

i) Primer elemento: si Indonesia es un "país en desarrollo"

7.621 Como se ha explicado *supra*, el primer elemento que debe demostrarse es que Indonesia es un "país en desarrollo".

7.622 En su primera comunicación escrita, los Estados Unidos afirman de manera general que Indonesia no ha satisfecho la carga de la prueba en relación con ninguno de los elementos del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, pero que, al responder a la alegación formulada al amparo del párrafo 3 del artículo 12, supondrán, a efectos de argumentación, que Indonesia es un país en desarrollo.[1006]

[1005] Véase la sección VII.F.2 e), *supra*.
[1006] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 308.

7.623 Indonesia afirma que es un país en desarrollo[1007] y aduce, entre otras cosas, que el Banco Mundial la clasifica como tal, y que su condición de país en desarrollo Miembro de la OMC fue reconocida en el asunto *Indonesia - Automóviles*.[1008]

7.624 El Grupo Especial opina que lo anterior es más que suficiente para concluir que Indonesia es un "país en desarrollo". Por lo tanto, constatamos que se satisface el primer elemento de una alegación al amparo del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*.

ii) Segundo elemento: si Indonesia tiene "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" que resultan afectadas por el artículo 907(a)(1)(A)

7.625 La siguiente cuestión que se plantea al Grupo Especial es si Indonesia tiene "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" que resultan afectadas por el artículo 907(a)(1)(A).

7.626 Los Estados Unidos sostienen que Indonesia nunca ha identificado necesidades "que sean específicas de los países en desarrollo (en tanto que distintos de los países en desarrollo)".[1009] Indonesia responde que no hay en el texto del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* nada que implique que las necesidades de los países en desarrollo tengan que ser específicas de éstos, sino que en esa disposición se indica que las necesidades especiales de los países en desarrollo que deben tenerse en cuenta son "necesidades en materia de desarrollo, finanzas y comercio".[1010] A juicio de los Estados Unidos, la interpretación que hace Indonesia del párrafo 3 del artículo 12 excluiría del texto el término "especiales".[1011]

7.627 Comenzamos por observar que el significado de la expresión "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" no resulta enteramente clara. De hecho, parece ser deliberadamente vaga. El Grupo Especial observa que se encuentran expresiones similares en otros Acuerdos e instrumentos de la OMC. Por ejemplo, en *CE - Preferencias arancelarias*, el Órgano de Apelación examinó el significado de la expresión "necesidades de desarrollo, financieras y comerciales" en el contexto del párrafo 3 c) de la Cláusula de Habilitación.[1012] En el asunto *Brasil - Aeronaves*, el Grupo Especial tuvo que examinar la expresión "necesidades de desarrollo" en el contexto del párrafo 4 del artículo 27 del *Acuerdo SMC*.[1013] Ese Grupo Especial hizo la interesante observación de que: "un examen con respecto a si las subvenciones a la exportación no están en consonancia con las necesidades de desarrollo de un país Miembro es una investigación de carácter particularmente económico y político, y en particular no se presta al examen que debe realizar un grupo especial, cuya función es fundamentalmente jurídica".[1014]

7.628 Sea cual sea el significado exacto de la expresión "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio", el Grupo Especial considera que Indonesia satisface el requisito de ser un país en desarrollo que tiene "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" que resultan afectadas por la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. A este

---

[1007] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 12 y 147; declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 20, 22 y 178; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 90 y 154.

[1008] Segunda comunicación escrita de Indonesia, nota 277 (donde se cita la Prueba documental 89 presentada por Indonesia).

[1009] Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 74 y 77 del Grupo Especial, párrafos 154 y 157.

[1010] Respuesta de Indonesia a la pregunta 113 del Grupo Especial, párrafos 66 y 67.

[1011] Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 113 del Grupo Especial, párrafo 73.

[1012] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafo 159.

[1013] Informe del Grupo Especial, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 7.89.

[1014] Informe del Grupo Especial, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 7.89.

respecto, el Grupo Especial observa que Indonesia explicó "la importancia que tienen los cigarrillos de clavo de olor para su economía y para su población".[1015] Más concretamente, los cigarrillos de clavo de olor se han producido en Indonesia desde hace más de un siglo; se calcula que la fabricación de cigarrillos y el cultivo de tabaco da empleo directa o indirectamente a no menos de 6 millones de indonesios; la industria fabricante de cigarrillos, incluidos los cigarrillos de clavo de olor, representa aproximadamente el 1,66 por ciento del producto interior bruto ("PIB") total de Indonesia; e Indonesia ha exportado cigarrillos de clavo de olor a los Estados Unidos durante bastante más de 40 años.[1016] Tampoco se discute que, a consecuencia de la prohibición, las importaciones de cigarrillos de clavo de olor producidos en Indonesia se han reducido de aproximadamente 15 millones de dólares EE.UU. en 2008 a 0 en 2010.[1017]

7.629 Consideramos que lo anterior es suficiente para concluir que Indonesia tiene "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" que resultan afectadas por el reglamento técnico en litigio. Por lo tanto, constatamos que se satisface el segundo elemento del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*.

iii) Tercer elemento: si los Estados Unidos no "tuvieron en cuenta" las necesidades especiales de Indonesia en materia de finanzas, desarrollo y comercio

7.630 Esto lleva al Grupo Especial al tercer y último elemento que debe demostrarse para establecer la existencia de una infracción del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, a saber, si los Estados Unidos no "tuvieron en cuenta" esas necesidades especiales en materia de finanzas, desarrollo y comercio. Comenzaremos exponiendo algunas observaciones generales sobre la obligación de "tener en cuenta" las necesidades especiales de un país en desarrollo, establecida en el párrafo 3 del artículo 12. Seguidamente examinaremos las pruebas de que dispone el Grupo Especial para determinar si los Estados Unidos no tuvieron en cuenta las necesidades especiales de Indonesia en relación con el artículo 907(a)(1)(A).

7.631 Observamos que no hay jurisprudencia en la que se examine la índole de la obligación de "tener en cuenta" las necesidades especiales de los países en desarrollo, establecida en el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*. Con todo, el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* examinó una alegación presentada por la Argentina al amparo del párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo MSF*, que el Grupo Especial calificó de "disposición equivalente" al párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*.[1018] El párrafo 1 del artículo 10 dispone lo siguiente:

> "Al elaborar y aplicar las medidas sanitarias o fitosanitarias, los Miembros *tendrán en cuenta* las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros, y en particular las de los países menos adelantados Miembros." (sin cursivas en el original)

7.632 En el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Grupo Especial, que rechazó la alegación formulada por la Argentina al amparo del párrafo 1 del artículo 10 del Acuerdo MSF, observó lo siguiente con respecto al significado de la expresión "tener en cuenta":

> "... El diccionario define la expresión "*take account*" ("tener en cuenta") como "*consider along with other factors before reaching a decision*" ("considerar junto con

[1015] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 6.
[1016] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 5.
[1017] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 40.
[1018] Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, nota 1330.

> otros factores antes de adoptar una decisión").[1019] De conformidad con esto, el párrafo 1 del artículo 10 no prescribe un resultado concreto que deba alcanzarse. En especial, no dispone que el Miembro importador deba otorgar invariablemente un trato especial y diferenciado en los casos en que una medida haya dado lugar, o pueda dar lugar, a una disminución de las exportaciones de los países en desarrollo o a la mayor lentitud de su aumento."[1020]

7.633 Ese Grupo Especial también constató que es a la parte reclamante a la que incumbe la carga de probar que el Miembro que adopta el reglamento técnico no "tuvo en cuenta" las necesidades del país en desarrollo.[1021]

7.634 Coincidimos con la interpretación que hace dicho Grupo Especial de la obligación de "tener en cuenta" las necesidades del país en desarrollo Miembro, y estamos de acuerdo con él en que es a la parte reclamante, en el presente asunto Indonesia, a la que incumbe la carga de la prueba.[1022]

7.635 Las pruebas de que dispone el Grupo Especial en relación con esta cuestión consisten en una serie de cartas entre destacados miembros de los Gobiernos indonesio y estadounidense. Las examinaremos brevemente, en orden cronológico.

7.636 En una carta de fecha 28 de agosto de 2007, dirigida por la Ministra de Comercio de Indonesia al Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, consta lo siguiente:

> "Este proyecto de ley contiene una disposición que, si se promulga en su redacción actual, discriminará de manera injustificable en contra de las exportaciones de cigarrillos de Indonesia, en favor de los cigarrillos estadounidenses de producción nacional competidores. *Tenemos entendido que el senador Kennedy, que ha sido partidario de abordar nuestras preocupaciones con una formulación legislativa apropiada, le ha escrito en relación con este asunto*."[1023]

7.637 En una carta de fecha 21 de julio de 2008, dirigida por el Secretario de Salud y Servicios Sociales al Vicepresidente del Comité de Energía y Comercio se explica lo que sigue:

> "Hay una cuestión más en relación con el proyecto de ley que quisiera señalar a su atención. Nuestros interlocutores comerciales creen que, al prohibir la venta de cigarrillos de clavo de olor pero no la de cigarrillos mentolados, el proyecto de ley suscita interrogantes en el marco de las obligaciones comerciales internacionales de los Estados Unidos. El Gobierno de Indonesia se ha opuesto repetidamente al proyecto de ley por el motivo de que ese trato dispar está injustificado y es

---

[1019] (*nota del original*) *The Concise Oxford Dictionary*, décima edición, J. Pearsall (editor) (Clarendon Press, 1999), página 8.

[1020] Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1620.

[1021] Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafos 7.1622 y 7.1625.

[1022] El Grupo Especial toma nota de que Colombia opina que, aunque la carga de la prueba incumbe a Indonesia en relación con este elemento de su alegación, es importante tener presente que el cumplimiento de las obligaciones que el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* impone a los Miembros sólo puede verificarse mediante información de la que dispone el Miembro obligado a cumplir esa disposición. Declaración oral de Colombia en calidad de tercero, párrafo 40.

[1023] Carta dirigida por la Excma. Sra. Mari Pangestu, Ministra de Comercio de Indonesia, a Susan C. Schwab, Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, de 28 de agosto de 2007 (Indonesia - Prueba documental 15) página 7 de 9 (sin cursivas en el original).

> incompatible con las normas comerciales de la OMC. Por consiguiente, *recomiendo que el Comité [de Energía y Comercio] reexamine el texto pertinente a la luz de lo anterior para asegurarse de que el proyecto de ley sea compatible con las obligaciones comerciales de los Estados Unidos*."[1024]

7.638 En el expediente figura a continuación una carta de fecha 25 de julio de 2008, en la que el Presidente del Comité de Energía y Comercio escribe al Presidente de la Comisión de Medios y Arbitrios:

> "*Usted también ha manifestado preocupaciones* en relación con la disposición del proyecto de ley por la que se prohíbe el uso de clavo de olor para crear un aroma característico en los cigarrillos. Tomo nota de sus preocupaciones y entiendo que la Comisión de Medios y Arbitrios tiene competencia sobre las prohibiciones a la importación, habida cuenta de los efectos en el comercio y en los ingresos aduaneros."[1025]

7.639 El 30 de julio de 2008 la Oficina Ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos emitió una Declaración de la política de la Administración sobre la Resolución de la Cámara Nº 1108 (Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia). En dicha Declaración se indica que "la Administración alberga graves preocupaciones en relación con la Resolución de la Cámara Nº 1108"[1026], y se declara lo siguiente:

> "Además, *nuestros interlocutores comerciales* pueden aducir que, al prohibir la venta de cigarrillos de clavo de olor pero no la de cigarrillos mentolados, el proyecto de ley suscita interrogantes en el marco de las obligaciones comerciales internacionales de los Estados Unidos."[1027]

7.640 En una carta de fecha 16 de marzo de 2009, dirigida por el Presidente de la Comisión de Medios y Arbitrios al Presidente del Comité de Energía y Comercio se señala lo siguiente:

> "*La Comisión ha tomado nota de que la Resolución de la Cámara Nº 1256 incluye una prohibición del uso de clavo de olor para crear un aroma característico en los cigarrillos. La Comisión de Medios y Arbitrios cree que esta disposición está comprendida en su ámbito de competencia, porque la mayoría de los cigarrillos con aroma de clavo de olor que se venden actualmente en los Estados Unidos son importados. Entiendo que usted reconoce nuestro interés jurisdiccional en esta cuestión, habida cuenta de sus efectos en el comercio* y en los ingresos aduaneros. La Comisión de Medios y Arbitrios ha acordado abstenerse de intervenir en relación con este proyecto y no se opondrá a su debate, quedando entendido que ustedes están de

---

[1024] Carta dirigida por Mike Leavitt, Secretario de Salud y Servicios Sociales, a Joe Barton, Vicepresidente del Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes, 21 de julio de 2008 (Indonesia - Prueba documental 16) página 2 de 3 (sin cursivas en el original).

[1025] Carta dirigida por John Dingell, Presidente del Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes, a Charles B. Rangel, Presidente de la Comisión de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes, 25 de julio de 2008 (Indonesia - Prueba documental 18) página 2 de 2 (sin cursivas en el original).

[1026] Oficina Ejecutiva del Presidente, Oficina de Gestión y Presupuesto, Declaración de la política de la Administración sobre la Resolución de la Cámara Nº 1108 - Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia, de 30 de julio de 2008 (Indonesia - Prueba documental 17) página 1 de 2.

[1027] Oficina Ejecutiva del Presidente, Oficina de Gestión y Presupuesto, Declaración de la política de la Administración sobre la Resolución de la Cámara Nº 1108 - Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia, de 30 de julio de 2008 (Indonesia - Prueba documental 17) página 2 de 2 (sin cursivas en el original).

> acuerdo en que, a medida que el proyecto de ley avance en el proceso legislativo, seguirán tratando con la Comisión de Medios y Arbitrios *las preocupaciones planteadas con respecto a la disposición relativa al clavo de olor*."[1028]

7.641 Ese mismo día, el Presidente del Comité de Energía y Comercio respondió:

> "*Han manifestado ustedes preocupaciones en relación con la disposición del proyecto de ley que prohíbe el uso de clavo de olor para crear un aroma característico en los cigarrillos. Tomo nota de sus preocupaciones y entiendo que la Comisión de Medios y Arbitrios tiene competencia sobre las prohibiciones de importación por sus efectos en el comercio de importación* y en los ingresos aduaneros. ... A medida que el proyecto de ley avance en el proceso legislativo, seguiremos tratando con la Comisión de Medios y Arbitrios las preocupaciones planteadas con respecto a las disposiciones sobre el clavo de olor. Conforme a su solicitud, incluiré copia de nuestra correspondencia sobre estos asuntos en las actas del Congreso."[1029]

7.642 En una carta de fecha 8 de abril de 2009, dirigida por el Embajador de Indonesia al jefe del grupo mayoritario en el Senado, se señaló de nuevo lo siguiente:

> "... que en la recomendación formulada por el Presidente Kennedy en relación con el proyecto de ley en 2007 figuraba un texto apropiado en que se daba a los cigarrillos de clavo de olor y a los cigarrillos mentolados trato de paridad, en consonancia con las obligaciones comerciales de larga data de los Estados Unidos. Lo instamos a que se ponga en contacto con la oficina del Senador Kennedy para alentarlo a reintroducir ese texto en el proyecto de ley en el Senado."[1030]

7.643 Las pruebas de que dispone el Grupo Especial son, sin duda, fragmentarias e incompletas. Sin embargo, del expediente, en el estado en que se encuentra, se desprenden varias conclusiones ineludibles.

7.644 En primer lugar, Indonesia pudo comunicar sus preocupaciones a destacados representantes del Gobierno de los Estados Unidos en múltiples ocasiones, a lo largo de varios años. Esas comunicaciones consistieron en numerosas comunicaciones escritas, así como en reuniones de alto nivel con funcionarios estadounidenses.

7.645 Las pruebas muestran que destacados funcionarios del Gobierno estadounidense plantearon posteriormente las preocupaciones de Indonesia en varias ocasiones. De hecho, las comunicaciones entre destacados funcionarios estadounidenses presentadas por las partes demuestran que los Estados Unidos tuvieron en cuenta de manera activa las preocupaciones de Indonesia. Dicho de otra forma, las pruebas acreditan que los Estados Unidos "tuvieron en cuenta" las preocupaciones de Indonesia.

[1028] Carta dirigida por Charles B. Rangel, Presidente de la Comisión de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes, a Henry Waxman, Presidente del Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes, de 16 de marzo de 2009 (Estados Unidos - Prueba documental 67) páginas 28-29 de 52 (sin cursivas en el original).

[1029] Carta dirigida por Henry Waxman, Presidente del Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes, a Charles B. Rangel, Presidente de la Comisión de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes, de 16 de marzo de 2009 (Estados Unidos - Prueba documental 67) página 30 de 52 (sin cursivas en el original).

[1030] Carta dirigida por el Excmo. Sr. Sudjadnan Parnohadiningrat, Embajador de Indonesia en los Estados Unidos, a Harry Reid, jefe del grupo mayoritario en el Senado de los Estados Unidos, de 8 de abril de 2009 (Indonesia - Prueba documental 15) página 5 de 9.

7.646 Por otro lado, "tener en cuenta" las necesidades especiales que en materia de finanzas, desarrollo y comercio tenga un país en desarrollo no significa necesariamente que el Miembro que prepare o aplique el reglamento técnico deba compartir o aceptar la opinión y el resultado deseado del país en desarrollo. A nuestro juicio, el hecho de que los Estados Unidos decidieran finalmente no excluir los cigarrillos de clavo de olor del ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 907(a)(1)(A) no significa que no tuvieran en cuenta las necesidades especiales de Indonesia en materia de finanzas, desarrollo y comercio.

7.647 Por último, Indonesia dejó claro en sus comunicaciones que el resultado que deseaba era que los Estados Unidos excluyeran los cigarrillos de clavo de olor del ámbito de aplicación del artículo 907(a)(1)(A). Sin embargo, hemos constatado que prohibir los cigarrillos de clavo de olor hace una contribución importante al objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes en los Estados Unidos. Habida cuenta de que la medida es una prohibición impuesta a cigarrillos con aromas característicos por razones de salud pública, el Grupo Especial no alcanza a ver cómo sería posible, con arreglo a las normas de la OMC, excluir de la prohibición los cigarrillos con aromas característicos procedentes de países en desarrollo. De hecho, una prescripción de excluir de una prohibición un producto que es dañino para la salud humana, exclusivamente por el motivo de que es producido y exportado por un país en desarrollo, limitaría la capacidad de los Miembros de establecer reglamentaciones con fines de salud pública.

7.648 A la luz de lo anterior, constatamos que Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos no "tuvieron en cuenta" las necesidades especiales de Indonesia en materia de finanzas, comercio y desarrollo.

e) Conclusión

7.649 Por consiguiente, el Grupo Especial constata que, al no haber demostrado que los Estados Unidos no tuvieron en cuenta las necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio de Indonesia en la preparación y aplicación del artículo 907(a)(1)(A), Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*.

VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1 Como queda expuesto con más detalle *supra*, el Grupo Especial constata:

a) que el artículo 907(a)(1)(A) es un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*;

b) que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque da a los cigarrillos de clavo de olor un trato menos favorable que el que otorga a cigarrillos mentolados similares de origen nacional;

c) que al no haber demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor impuesta por el artículo 907(a)(1)(A) restringe el comercio más de lo necesario para cumplir el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, Indonesia no ha demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;

d) que al no haber solicitado a los Estados Unidos que explicaran la justificación del artículo 907(a)(1)(A) "a tenor de los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*" en las preguntas que formuló en el documento G/TBT/W/323, Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;

e) que al no haber demostrado que sería "procedente" formular el reglamento técnico del artículo 907(a)(1)(A) en función de "las propiedades de uso y empleo de los productos", Indonesia no ha demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;

f) que al no haber notificado a los Miembros de la OMC por conducto de la Secretaría los productos abarcados por el proyecto de artículo 907(a)(1)(A), indicando brevemente su objetivo y razón de ser, en una etapa convenientemente temprana, es decir, cuando puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen, los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;

g) que al no haber demostrado que había solicitado a los Estados Unidos que facilitaran detalles sobre el artículo 907(a)(1)(A) mientras aún se encontraba en forma de proyecto, o el texto del mismo, Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;

h) que al no haber previsto un plazo no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A), los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;

i) que al no haber demostrado que los Estados Unidos no tuvieron en cuenta las necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio de Indonesia en la preparación y aplicación del artículo 907(a)(1)(A), Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*.

8.2 Al no haber ninguna prueba o argumento respecto de la existencia de problemas urgentes de sanidad que se planteasen o amenazaran plantearse a los Estados Unidos en el momento de la adopción del artículo 907(a)(1)(A), el Grupo Especial *se abstiene de pronunciarse* sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

8.3 Al haber constatado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, el Grupo Especial también *se abstiene de pronunciarse* sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

8.4 Como se ha abstenido de pronunciarse sobre la alegación subsidiaria de Indonesia al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial también *se abstiene de pronunciarse* sobre si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

8.5 De conformidad con el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, en los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de ese acuerdo. En consecuencia, concluimos que los Estados Unidos han anulado o menoscabado ventajas resultantes para Indonesia del *Acuerdo OTC*, en la medida en que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con los párrafos 1, 9.2 y 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

8.6 De conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, al haber constatado que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud de los párrafos 1, 9.2 y 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, recomendamos que el Órgano de Solución de Diferencias pida a los Estados Unidos que pongan el artículo 907(a)(1)(A) en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del *Acuerdo OTC*.

ANEXO A

RESÚMENES DE LAS PRIMERAS COMUNICACIONES ESCRITAS DE LAS PARTES

Índice		Página
Anexo A-1	Resumen de la primera comunicación escrita de Indonesia	A-2
Anexo A-2	Resumen de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos	A-12

ANEXO A-1

RESUMEN DE LA PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DE INDONESIA

I. INTRODUCCIÓN

1. La República de Indonesia ("Indonesia") impugna el artículo 101 de la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia de 2009 ("la Ley"). En particular, impugna la "norma especial para los cigarrillos" del artículo 101(b), que prohibió la producción y venta de determinados cigarrillos, calificados de "aromatizados" (en adelante la "norma especial").

2. La historia de la tramitación legislativa de la Ley indica que con la norma especial se pretendía conseguir que los fabricantes de cigarrillos dejaran de promover el consumo de sus productos entre los fumadores menores de edad mediante aromas destinados a aumentar el atractivo del hábito de fumar. La prohibición no afectó a un tipo de cigarrillos aromatizados, los cigarrillos mentolados.

3. Los cigarrillos pueden contener diversos ingredientes y aromatizantes que se añaden al tabaco o al filtro. Según el profesor Michael Siegel de la Universidad de Boston, no hay, en último término, "ninguna diferencia lógica" entre "el mentol y otros centenares de aromatizantes que se añaden a los cigarrillos", entre ellos el clavo de olor.

4. Hace más de un siglo que se producen en Indonesia cigarrillos de clavo de olor. Se estima que hasta 6 millones de indonesios están empleados directa o indirectamente en la fabricación de cigarrillos y el cultivo de tabaco. La industria fabricante de cigarrillos, incluidos los cigarrillos de clavo de olor, representa aproximadamente el 1,66 por ciento del producto interior bruto ("PIB") total de Indonesia. Indonesia ha exportado cigarrillos de clavo de olor a los Estados Unidos durante bastante más de 40 años.

5. A pesar de la importancia que tienen los cigarrillos de clavo de olor para su economía y para su población, Indonesia no se opone a que los Estados Unidos regulen la producción y venta de cigarrillos dentro de sus fronteras, ni cuestiona las medidas razonables destinadas a evitar el acceso de los menores a los cigarrillos, incluidos los de clavo de olor. La objeción de Indonesia se dirige contra una medida, en concreto la norma especial, que impone una prohibición total de los cigarrillos de clavo de olor procedentes de Indonesia, en tanto que establece escasas restricciones, o no establece ninguna restricción, con respecto a los cigarrillos ordinarios y a los cigarrillos mentolados.

6. La medida impugnada es, en síntesis, discriminatoria, e infringe el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC") incluido en el Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC). En gran parte por esa misma razón infringe también el párrafo 4 del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994"). Además, la medida impugnada restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo declarado de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, por lo que infringe el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7. Por último, al adoptar la norma especial los Estados Unidos incumplieron una serie de prescripciones adicionales del Acuerdo OTC. La norma especial es incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque prohíbe determinados cigarrillos en función únicamente de características descriptivas. Los Estados Unidos incumplieron también varias obligaciones de procedimiento establecidas en el artículo 2 del Acuerdo OTC. En consecuencia, los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con las obligaciones que les imponen los párrafos 5, 9, 10 y 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

8. La prohibición de los cigarrillos de clavo de olor en virtud de la norma especial creó un obstáculo innecesario para las exportaciones de Indonesia, un país en desarrollo Miembro. Los Estados Unidos, al elaborar y aplicar la norma especial, estaban obligados a tener en cuenta las necesidades especiales en materia de desarrollo y comercio de Indonesia, un país en desarrollo Miembro de la OMC. Por ello, los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC.

9. Dado que los Estados Unidos han violado el GATT y el Acuerdo OTC, se considera *prima facie* que sus medidas constituyen un caso de anulación o menoscabo de los derechos de Indonesia derivados de esos Acuerdos. En tal sentido, existe una presunción de que las medidas de los Estados Unidos han tenido una repercusión desfavorable para Indonesia debido a la adopción y aplicación de la norma especial. En consecuencia, la carga de la prueba se desplaza a los Estados Unidos, a quienes corresponde refutar la acusación.

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS

10. En 2007 había en el mercado estadounidense de cigarrillos 360.000 millones de cigarrillos aproximadamente. Las importaciones de cigarrillos de clavo de olor ascendieron a un total de 398,8 de cigarrillos, lo que representa 1/10 de un 1 por ciento aproximadamente del mercado estadounidense total. Según la Asociación de Comerciantes de Tabaco , todos los cigarrillos de clavo de olor natural o "kreteks" que se venden en los Estados Unidos son importados, y la inmensa mayoría de ellos procede de Indonesia.

11. La Ley confirió a la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos ("FDA") amplias facultades para regular los productos de tabaco. Entre otras cosas, atribuyó a la FDA competencia para reglamentar la comercialización y promoción de los productos de tabaco y establecer normas en relación con las propiedades de uso y empleo de esos productos con el fin de proteger la salud pública.

12. A este respecto, es de interés el artículo 101(b) de la Ley, que contiene una "norma especial para los cigarrillos". La norma especial prescribe que, a partir del tercer mes siguiente a la fecha de promulgación de la Ley:

> Los cigarrillos o sus componentes (incluidos el tabaco, el filtro y el papel) no contendrán como elemento constitutivo (con inclusión de los elementos constitutivos del humo) o como aditivo, aromatizantes naturales o artificiales (distintos del tabaco o el mentol), ni cualquier hierba o especia con inclusión de fresa, uva, naranja, clavo, canela, piña, vainilla, coco, regaliz, cacao, chocolate, cereza o café, que constituya un aroma característico del producto de tabaco o del humo del tabaco.

13. La prohibición de aromas característicos distintos del mentol y el tabaco de la norma especial entró en vigor el 22 de septiembre de 2009. A partir de esa fecha los cigarrillos de clavo de olor han quedado prohibidos en los Estados Unidos, lo que ha dado lugar a que el valor de las exportaciones indonesias anuales de esos cigarrillos a los Estados Unidos se haya reducido de 15 millones de dólares EE.UU. aproximadamente, antes de la prohibición, a cero, en tanto que los cigarrillos aromatizados con mentol y con tabaco ("ordinarios") siguen produciéndose y vendiéndose en los Estados Unidos. A pesar de las reiteradas peticiones de Indonesia, los Estados Unidos no han citado un testimonio científico, sólido o no, disponible el 22 de junio de 2009 o antes de esa fecha, que pueda justificar el trato dispar dado a los cigarrillos de clavo de olor, de un lado, y a todos los demás cigarrillos y especialmente a los cigarrillos mentolados, de otro.

III. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

A. LA NORMA ESPECIAL OTORGA A DETERMINADOS CIGARRILLOS NACIONALES UN TRATO MÁS FAVORABLE QUE EL DADO A LOS CIGARRILLOS IMPORTADOS DE INDONESIA

14. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone que los Miembros de la OMC "se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país".

15. La norma especial, en sí misma y en su aplicación, infringe el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque es un reglamento técnico que da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato "menos favorable" que el otorgado a productos similares de origen nacional, los cigarrillos ordinarios y los cigarrillos mentolados.

16. La norma especial es un "reglamento técnico" sujeto al Acuerdo OTC. El Órgano de Apelación ha interpretado que esa expresión abarca los documentos que "regulan las 'características' de un producto de forma vinculante o imperativa" y tienen el efecto de "prescribir o imponer una o varias 'características' ...". A su vez, las características del producto se definen como "cualesquiera 'calidades', 'atributos', 'peculiaridades' u otras 'marcas distintivas' de un producto que sean objetivamente definibles". Esas características pueden "prescribirse o imponerse ... de forma afirmativa o negativa ... [E]l documento puede disponer, afirmativamente que los productos han de tener ciertas características, o el documento puede disponer negativamente, que los productos no han de tener ciertas características". En síntesis, un reglamento técnico debe: 1) establecer las "características del producto"; 2) dar carácter vinculante a esas características; y 3) ser aplicable a un producto o un grupo de productos identificable.

17. La norma especial se ajusta a todos esos criterios, ya que 1) prohíbe la adición de aromas característicos, con la excepción del mentol; 2) la prohibición tiene carácter vinculante; y 3) la norma se aplica a un grupo de productos identificable (determinados cigarrillos aromatizados, en particular los cigarrillos de clavo de olor). Por consiguiente, la norma especial constituye un "reglamento técnico" en el sentido del Acuerdo OTC.

18. Los cigarrillos de clavo de olor son "similares" a los cigarrillos ordinarios y mentolados producidos en los Estados Unidos. El enfoque general aplicado para determinar la "similitud" implica un análisis centrado en cuatro factores básicos: 1) las características físicas de los productos; 2) sus usos finales; 3) las percepciones y el comportamiento de los consumidores; y 4) la clasificación arancelaria de los productos.

19. Los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos producidos en el país, incluidos los mentolados, tienen las mismas características físicas. Unos y otros contienen tabaco de mezcla curado envuelto en un papel con filtro. Unos y otros contienen ingredientes y aromatizantes adicionales que crean el aroma peculiar de cada marca. Aromatizantes como el azúcar moreno o la vainilla no son peligrosos y se añaden prácticamente a todos los cigarrillos, incluso a aquellos que se considera que tienen un aroma de tabaco "ordinario". Las empresas tabacaleras utilizan literalmente centenares de ingredientes para reforzar el atractivo de los cigarrillos y crear el aroma peculiar de cada marca. En este aspecto, los cigarrillos no son diferentes de otros muchos productos de consumo, como la pasta dentífrica con sabor a menta, en los que se utilizan aromatizantes para atraer a los consumidores. Los cigarrillos de clavo de olor, como todos los cigarrillos, contienen una mezcla de tabaco y otros ingredientes (en este caso, brotes de clavo triturados) que dan a esos cigarrillos un aroma peculiar. Los cigarrillos de clavo de olor no son distintos de los cigarrillos que contienen una mezcla de tabaco, azúcar y vainilla o de tabaco y mentol.

20. Tanto los cigarrillos de clavo de olor como los cigarrillos producidos en el país están clasificados a efectos fiscales en los Estados Unidos como cigarrillos de la "clase A", con un peso inferior a 3 libras el millar. Además, tanto los cigarrillos de clavo de olor como los cigarrillos de producción nacional responden a la definición de "cigarrillo" del Gobierno de los Estados Unidos: "1) un rollo de tabaco envuelto en papel o en una sustancia que no contiene tabaco, y 2) un rollo de tabaco envuelto en una sustancia que contiene tabaco y que, por razón de su apariencia, del tipo de tabaco usado en el relleno o de su envase y etiquetado, puede ofrecerse a los consumidores, o ser adquiridos por éstos, como un cigarrillo descrito en el párrafo 1". Los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados comparten aún más propiedades específicas por cuanto ambos contienen tabaco y un ingrediente añadido (una hierba o especia) de efecto suavizante. Tanto el aceite de clavo (conocido en química como "eugenol") como el mentol se utilizan ampliamente en productos de consumo y tienen un efecto anestésico reconocido.

21. El Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Amianto* señaló que la toxicidad es también pertinente a las características físicas cuando se trata de determinar si los productos son o no "similares". En ese asunto, se sabía que un producto, las fibras de amianto crisotilo, era carcinógeno, y que el tipo de cáncer relacionado con él presentaba un porcentaje de mortalidad cercano al 100 por ciento. En el presente caso, no hay pruebas de que los cigarrillos de clavo de olor sean más tóxicos o presenten más riesgos para la salud que los cigarrillos llamados "ordinarios" o mentolados producidos en el país.

22. El uso final de todos los cigarrillos, incluidos los de clavo de olor y los mentolados, es el mismo: todos ellos se utilizan para fumar tabaco.

23. Los consumidores perciben a los cigarrillos ordinarios, mentolados y de clavo de olor como "medios alternativos para cumplir determinadas funciones con el fin de satisfacer una determinada necesidad o demanda" (es decir, como medios alternativos de fumar). Los datos del mercado indican que el 79 por ciento de los fumadores de cigarrillos de clavo de olor fuman, de hecho, con mayor frecuencia cigarrillos "ordinarios" (con aroma característico de tabaco) y mentolados y utilizan los cigarrillos de clavo de olor como cigarrillos para "ocasiones especiales". En síntesis, todos los cigarrillos están en una relación de competencia recíproca en lo que respecta al acceso a los canales de distribución, el espacio en anaqueles y la cuota de mercado.

24. Los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos producidos en el país tienen la misma clasificación arancelaria internacional a nivel de 6 dígitos, el nivel más detallado utilizado entre los Miembros de la OMC.

25. Dado que la prohibición de la norma especial no afecta a los cigarrillos aromatizados con mentol o con tabaco, y que se ha demostrado que los cigarrillos de clavo de olor son "similares" a esos productos, la prohibición de los últimos, pero no de los primeros, crea condiciones desiguales de competencia en el mercado estadounidense y constituye, por tanto, un trato "menos favorable".

26. La norma especial es incompatible también con el párrafo 4 del artículo III del GATT. A diferencia del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el párrafo 4 del artículo III no requiere que analicemos si la norma especial es o no un "reglamento técnico". De hecho basta que la medida examinada en el marco del párrafo 4 del artículo III sea una "ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso" de un producto importado en el mercado interior. La norma especial prohíbe que en los Estados Unidos un cigarrillo tenga un aroma característico distinto del de mentol o tabaco, lo que es evidente que afecta a la venta, la oferta para la venta o el uso de los cigarrillos de clavo de olor importado al cerrar por completo a éstos el mercado estadounidense.

27. Por las mismas razones que hemos expuesto antes en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la norma especial es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT. Los cigarrillos de clavo de olor son similares a los producidos en el país por cuanto comparten con ellos las mismas características físicas, los mismos usos finales y la misma clasificación arancelaria, y son percibidos de la misma forma por los consumidores. La norma especial da a los cigarrillos de clavo de olor un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos aromatizados con mentol o con tabaco producidos en los Estados Unidos, ya que los primeros están prohibidos, en tanto que los cigarrillos mentolados y los cigarrillos "ordinarios" siguen vendiéndose en el mercado estadounidense.

B. LA NORMA ESPECIAL RESTRINGE EL COMERCIO MÁS DE LO NECESARIO PARA ALCANZAR EL NIVEL DE PROTECCIÓN QUE PERSIGUEN LOS ESTADOS UNIDOS

28. La norma especial es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque restringe el comercio más de lo necesario para proteger la salud humana y constituye por tanto un obstáculo innecesario al comercio internacional.

29. Indonesia admite que la protección de la salud humana mediante la reglamentación de los productos de tabaco es un objetivo legítimo de salud. Está dispuesta asimismo a aceptar que la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes es un objetivo legítimo. Pero una prohibición es la medida más restrictiva del comercio que cabe adoptar y, por consiguiente, requiere el mayor grado de justificación posible.

30. Al determinar si existe una infracción del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial debe examinar si es probable que la prohibición de algunos aromatizantes, pero no de todos, que prescribe la norma especial, permita alcanzar el nivel de protección que pretenden lograr los Estados Unidos y si hay a su alcance medidas menos restrictivas del comercio con las que pueda alcanzarse también ese nivel de protección.

31. La propia Ley ayuda a entender el nivel de protección deseado por los Estados Unidos. Uno de sus objetivos declarados es "seguir permitiendo la venta de productos de tabaco a los adultos a la vez que se adoptan medidas destinadas a asegurar que esos productos no se vendan a compradores menores de edad ni estén al alcance de ellos". Además, las normas establecidas en la Ley tienden a restringir la publicidad y las prácticas de promoción que pueden atraer más a los jóvenes al consumo de tabaco, sin prejuicio de las amplias posibilidades de vender productos de tabaco a los adultos.

32. Más revelador aún resulta lo que la Ley no pretende hacer. La Ley y quienes la apoyan declaran que es esencial una reglamentación adicional del Gobierno para evitar que los jóvenes contraigan el hábito de fumar. No obstante, aunque se confieren a la FDA amplias facultades para reglamentar el tabaco y establecer normas con respecto a los cigarrillos, se le prohíbe expresamente adoptar una serie de medidas que probablemente serían más eficaces para reducir el número de jóvenes que comienzan a fumar y se convierten en adictos. Por ejemplo, la Ley impide a la FDA prohibir completamente los cigarrillos, prescribir la supresión de la nicotina en ellos, elevar a 19 años la edad legal para fumar o exigir que los cigarrillos se vendan únicamente en tiendas sólo para adultos.

33. Dado que la Ley prevé claramente que los adultos sigan utilizando los cigarrillos, el nivel de protección perseguido no es la eliminación de todos los riesgos unidos al hábito de fumar. Además, la Ley no prohíbe en absoluto la mayoría de los cigarrillos que se sabe que fuman los jóvenes. Según los resultados de la Encuesta nacional sobre el uso de las drogas y la salud, un estudio financiado por el Gobierno de los Estados Unidos, los jóvenes fumadores fuman en su inmensa mayoría cigarrillos "ordinarios" o mentolados, los cuales no están prohibidos por la Ley. Así pues, el nivel de protección deseado no es el acceso cero a los cigarrillos que es probable que fumen los jóvenes. Al prohibir a la FDA que adopte determinadas medidas que muy probablemente reducirían el consumo de tabaco

entre los jóvenes y su dependencia del tabaco, el nivel de protección que trata de lograr la Ley no es una reducción espectacular del número de jóvenes fumadores, sino que lo que la Ley describe como su nivel deseado de protección es una reglamentación suficiente para desalentar, sin prohibirlo, el consumo de productos de tabaco por los adolescentes.

34. Una prohibición es el instrumento reglamentario más restrictivo del comercio que puede utilizarse y que en determinadas circunstancias puede ser la única opción para alcanzar un objetivo de salud, por ejemplo cuando el nivel de protección requerido es la *eliminación* del riesgo. Los Estados Unidos podían haber decidido que para evitar que las personas fumaran necesitaban eliminar completamente del mercado estadounidense todos los cigarrillos. Pero los Estados Unidos no pretendían lograr ese nivel de protección. La norma especial no permite las ventas legítimas de cigarrillos de clavo de olor a los adultos y excluye de la prohibición los cigarrillos que es más probable que fumen los jóvenes. Por tanto, la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede con creces del nivel de protección perseguido.

35. Varios grupos especiales han declarado que la cuestión de si una medida es o no "necesaria" depende del grado en que la medida permita lograr el objetivo de política deseado. En *Estados Unidos - Juegos de azar*, el Órgano de Apelación confirmó que la evaluación de la necesidad de una medida exige sopesar y confrontar "la 'importancia relativa' de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada", conjuntamente con otros factores, que generalmente incluyen "la contribución de la medida al logro de los fines que persigue [y] la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional".

36. Del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC se desprende que la "necesidad" debe determinarse teniendo en cuenta los riesgos que implicaría no adoptar la medida impugnada. En consecuencia, el Grupo Especial debe examinar si prohibir los cigarrillos de clavo de olor sin prohibir también los cigarrillos mentolados u ordinarios, contribuye a reducir el nivel de consumo de tabaco por los adolescentes. Para llegar a una decisión al respecto, el Grupo Especial debe evaluar las consecuencias probables que tendría no prohibir los cigarrillos de clavo de olor. De los hechos se desprende claramente que la inexistencia de una prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no representaría un riesgo significativo para el objetivo declarado de la Ley ni para la salud de los adolescentes. Por tanto, la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no es necesaria para reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.

37. Los testimonios de que disponemos ponen de manifiesto que es muchísimo más probable que los jóvenes fumen cigarrillos no prohibidos por la Ley que cigarrillos de clavo de olor. De hecho, el ochenta y siete (87) por ciento de los estudiantes del último ciclo de enseñanza secundaria que fumaban, fumaban cigarrillos de tres marcas ampliamente comercializadas: "Marlboro", "Camel" y "Newport". El 62 por ciento de los nuevos fumadores entre los estudiantes del primer ciclo de enseñanza secundaria y el 46 por ciento de los nuevos fumadores entre los estudiantes del último ciclo de enseñanza secundaria fumaban cigarrillos mentolados. En cambio, la Encuesta nacional sobre el uso de las drogas y la salud ha constatado niveles mínimos de utilización de los cigarrillos de clavo de olor por los jóvenes. En 2007, sólo el 0,1 por ciento de los jóvenes fumadores utilizaba cigarrillos de clavo de olor, porcentaje que en 2008 se redujo a cero.

38. Otra organización, *Monitoring the Future* (Vigilancia del futuro), ha realizado, a lo largo de los últimos 35 años encuestas anuales a nivel nacional entre los adolescentes estadounidenses de los centros de enseñanza. Los investigadores han concluido en esas encuestas que "la utilización del kretek [cigarrillo de clavo de olor] por los jóvenes ha sido una moda pasajera que simplemente no ha arraigado entre ellos".

39. En realidad los jóvenes parecen ignorar totalmente lo que es un kretek. En una encuesta telefónica realizada por Opinion Research Corporation del 23 al 26 de septiembre de 2010, el 98 por ciento de los adolescentes encuestados manifestaron que nunca habían oído hablar de un kretek.

Del 2 por ciento que dijo que había oído hablar de un kretek, el 25 por ciento lo identificó erróneamente con un tipo de automóvil y el 24 por ciento creía que era una droga. Ni uno solo de los adolescentes encuestados fue capaz de identificar acertadamente un kretek con un tipo de cigarrillo.

40. El doctor Michael Siegel, un destacado especialista en control del tabaquismo, que trabaja actualmente en la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Boston, ha refutado las afirmaciones de la FDA y de otros según las cuales los cigarrillos aromatizados abren la vía al consumo de tabaco entre los jóvenes y para reducir ese consumo es necesario prohibir los cigarrillos aromatizados:

> No cabe ninguna duda de que no es cierto que los cigarrillos aromatizados abran la vía al hábito de fumar cigarrillos, que contribuyan significativamente a la adicción de los jóvenes al tabaco, que las empresas tabacaleras los utilicen para enganchar a los niños al hábito de fumar y que la prohibición de los cigarrillos con aroma de caramelo tenga cualquier tipo de repercusión en el consumo de tabaco entre los jóvenes (a este respecto, constituye una excepción el mentol, el único aromatizante que utilizan realmente las empresas tabacaleras para enganchar a los menores al tabaco, pero que está excluido de la prohibición de los aromatizantes).
>
> Lo cierto es que la vía de entrada de los jóvenes al consumo de tabaco es la de los cigarrillos no aromatizados (con excepción de los mentolados). La eliminación de los cigarrillos aromatizados del mercado estadounidense *no tendrá ningún tipo de repercusión en el consumo de tabaco entre los jóvenes*. Lo único que tendría alguna repercusión sería la eliminación de los cigarrillos no aromatizados -como los cigarrillos Camel, Marlboro y Newport- fumados por bastante más del 85 por ciento del total de los jóvenes fumadores.
>
> De hecho, el único aromatizante excluido de la prohibición -el mentol- es el **único** aromatizante que se utiliza realmente para enganchar a los adolescentes. Hay literalmente decenas de millares de adolescentes que fuman cigarrillos mentolados, mientras que antes incluso de las normas de la FDA, prácticamente ninguno fumaba los cigarrillos con aroma de caramelo a los que se aplica actualmente la Ley.

41. Los testimonios citados ponen de manifiesto que no es probable que el hecho de prohibir los cigarrillos de clavo de olor, pero no los cigarrillos mentolados y los cigarrillos ordinarios, ni otros productos de tabaco aromatizados, tenga algún tipo de repercusión en el consumo de tabaco entre los jóvenes. Por consiguiente, la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no es "necesaria".

42. Los grupos especiales y el Órgano de Apelación han hecho suya sistemáticamente la opinión expuesta en *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria* de que "una parte contratante no puede justificar en tanto que 'necesaria' ... una medida incompatible con otra disposición del Acuerdo General si tiene razonablemente a su alcance otra medida que no sea incompatible".

43. Podría haberse alcanzado el nivel de protección perseguido por la Ley con otras medidas reglamentarias distintas de la prohibición general de los aromatizantes de la norma especial. En la propia Ley hay algunas disposiciones nuevas aplicables a los cigarrillos mentolados y ordinarios destinadas a reducir la capacidad de las empresas fabricantes de cigarrillos para seguir prácticas dirigidas a atraer a los jóvenes. Esas medidas podían haberse aplicado también a los cigarrillos de clavo de olor:

- prohibir toda publicidad de tabaco en espacios abiertos en un radio de 1.000 pies de colegios y parques infantiles;
- prohibir todo patrocinio por marcas de tabaco de acontecimientos deportivos y espectáculos;

- prohibir los obsequios gratuitos de productos que no sean de tabaco con la compra de productos de tabaco;

- limitar la publicidad en publicaciones que cuenten con un número importante de lectores adolescentes, así como de la publicidad en espacios abiertos y puntos de venta, con excepción de los establecimientos sólo para adultos;

- restringir las máquinas expendedoras y los expositores autoservicio a los locales exclusivos para adultos;

- exigir a los minoristas que comprueben la edad del comprador en todas las ventas directas y establecer mecanismos federales de observancia y sanciones federales para los minoristas que vendan a menores de edad.

44. En el acuerdo de avenencia de 2006 entre RJ Reynolds y los Fiscales Generales de varios Estados se establecen medidas destinadas a reducir la atracción del tabaco entre los jóvenes que no restringen el comercio y que podían haberse incluido en la Ley, como la prohibición de utilizar expresiones o imágenes relacionadas con frutas, golosinas o bebidas alcohólicas. La atribución a la FDA de la facultad de aprobar las nuevas marcas, etiquetas y envases de productos de tabacos daría a la autoridad reguladora la posibilidad de impedir el acceso al mercado de cualquier producto cuestionable, permitiendo al mismo tiempo que se siguieran vendiendo a los adultos productos aromatizados, como los cigarrillos de clavo de olor.

45. Otros países han adoptado para hacer frente al problema del hábito de fumar entre los jóvenes medidas que no restringen el comercio. Por ejemplo, Australia ha prohibido casi todo tipo de publicidad del tabaco, así como el patrocinio de eventos por las empresas tabacaleras. Singapur ha incrementado significativamente las multas por el consumo de tabaco por menores de edad y se ha prohibido a determinados minoristas vender productos de tabaco, a fin de que estos resulten menos accesibles para los jóvenes.

46. La prohibición representa un obstáculo insuperable para el comercio indonesio de cigarrillos de clavo de olor, y su costo para las exportaciones de Indonesia se ha cifrado en 15 millones de dólares EE.UU. aproximadamente. La prohibición de los cigarrillos aromatizados no era "necesaria" y, por consiguiente, la prohibición de la utilización de algunos aromas característicos en los cigarrillos, con excepción de los de mentol y tabaco, constituye un obstáculo innecesario al comercio internacional.

C. EL ARTÍCULO XX DEL GATT NO ES APLICABLE PORQUE LA MEDIDA ES UNA RESTRICCIÓN AL COMERCIO ENCUBIERTA CON LA PRETENSIÓN DE QUE SE TRATA DE UNA MEDIDA NECESARIA PARA PROTEGER LA SALUD DE LAS PERSONAS

47. En determinadas circunstancias el artículo XX del GATT permite a los Miembros adoptar medidas incompatibles con sus obligaciones en el marco de la OMC. Por ejemplo, los Miembros pueden adoptar determinadas medidas para proteger la salud de las personas, a reserva de que no constituyan una "restricción encubierta al comercio internacional" o un "medio de discriminación arbitrario e injustificable" entre países. No obstante, por las mismas razones que hemos expuesto en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la norma especial, que es aplicable a algunos aromatizantes, pero no a todos, no es justificable ni es, desde luego, necesaria para proteger a los jóvenes contra el hábito de fumar. En consecuencia, los Estados Unidos no pueden invocar las excepciones previstas en el artículo XX.

D. AL NO EXPLICAR LA JUSTIFICACIÓN DE LA NORMA ESPECIAL, LOS ESTADOS UNIDOS INFRINGIERON LO DISPUESTO EN EL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

48. El párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC obliga a todo Miembro de la OMC que elabore, adopte o aplique un reglamento técnico que vaya a tener un efecto significativo en el comercio de otro Miembro a explicar su justificación. En varias ocasiones, Indonesia pidió que se explicara la justificación de la norma especial, y en particular que se indicara su fundamento científico. A pesar de las reiteradas peticiones de Indonesia, los Estados Unidos nunca proporcionaron a ese país una explicación ni indicaron el fundamento científico que justificaba la norma especial. Además, nunca explicaron las razones por las que no era posible alcanzar los objetivos de la norma especial con una medida menos restrictiva del comercio. Por ello, los Estados Unidos han incumplido las obligaciones que les impone el párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

E. LA NORMA ESPECIAL ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 8 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC PORQUE LA PROHIBICIÓN DE LOS CIGARRILLOS DE CLAVO DE OLOR SE BASA EN CARACTERÍSTICAS DESCRIPTIVAS

49. El párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC prescribe que "[e]n todos los casos en que sea procedente, los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán definidos por los Miembros en función de las propiedades de uso y empleo de los productos, más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas". La norma especial prohíbe determinados cigarrillos en función únicamente de sus características descriptivas. Prohíbe los cigarrillos con un "aroma característico" pero no define lo que se entiende por "aroma característico". La FDA no ha facilitado ninguna otra orientación acerca de lo que constituye un "aroma característico". Ni la Ley ni la norma especial especifican las normas, las propiedades de uso y empleo u otros elementos en virtud de los cuales se consideran "característicos" determinados ingredientes, como los brotes de clavo triturados, añadidos para obtener un aroma determinado, en tanto que otros, que se añaden también para obtener un determinado aroma, como el azúcar moreno, no se consideran tales. En consecuencia, al basar la prohibición de la norma especial en características descriptivas, los Estados Unidos han infringido el párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

F. LOS ESTADOS UNIDOS INCUMPLIERON LAS PRESCRIPCIONES DEL ARTÍCULO 2 CON OCASIÓN DE LA ADOPCIÓN DE UN REGLAMENTO TÉCNICO QUE TIENE UN EFECTO SIGNIFICATIVO EN EL COMERCIO CON INDONESIA

50. El párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo OTC impone a los Miembros que pretenden adoptar determinados reglamentos técnicos varios requisitos de procedimiento. Los Estados Unidos omitieron varios trámites prescritos en ese párrafo. No efectuaron la notificación exigida en el párrafo 9.2 del artículo 2 y actuaron además de manera incompatible con las obligaciones que les impone su párrafo 9.3, al no dar respuesta, como se ha indicado en el análisis relativo al párrafo 5 del artículo 2, a la petición de Indonesia de que se explicaran aspectos concretos de la norma especial. Por esas razones, los Estados Unidos infringieron el párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

G. INCLUSO EN EL SUPUESTO DE QUE SOSTENGAN QUE NO DEBE APLICARSE EL PÁRRAFO 9 DEL ARTÍCULO 2, LOS ESTADOS UNIDOS INFRINGIERON EL PÁRRAFO 10 DE ESE ARTÍCULO

51. El párrafo 10 del artículo 2 del Acuerdo OTC prevé una excepción a la obligación de un Miembro de seguir los trámites del párrafo 9 del artículo 2: "si [...] se le planteasen o amenazaran planteársele problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional". En esos casos, según el párrafo 10.1 del artículo 2, el Miembro debe "notificar inmediatamente a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría, el reglamento técnico y los productos de que se trate, indicando brevemente el objetivo y la razón de ser del reglamento técnico, así como la naturaleza de los problemas urgentes". Aun en el caso de que consideraran que problemas urgentes requerían la adopción de la norma especial, los Estados Unidos infringieron el párrafo 10 del artículo 2 al no efectuar la notificación prescrita al Comité OTC.

H. LA NORMA ESPECIAL NO PREVÉ UN PLAZO PRUDENCIAL PARA SU ENTRADA EN VIGOR, CON INFRACCIÓN DE LO DISPUESTO EN EL PÁRRAFO 12 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

52. El párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC obliga a los Miembros a prever un plazo prudencial entre la publicación de los reglamentos técnicos y su entrada en vigor, con el fin de dar tiempo a los productores de los Miembros exportadores para que se adapten a sus prescripciones. A efectos de la aplicación de este párrafo, el Comité OTC ha declarado que "se entenderá que la expresión 'plazo prudencial' significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos". La Ley fue firmada el 22 de junio de 2009 y la norma especial entró en vigor 90 días después. Ese plazo es patentemente inferior al "plazo prudencial" de seis meses recomendado por el Comité OTC. Ni en la propia Ley ni en ninguna otra declaración de los Estados Unidos se indica que para alcanzar los objetivos de la Ley fuera necesario que la norma especial entrase en vigor 90 días después de su firma. Los Estados Unidos incumplieron las obligaciones que les impone el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

I. LA NORMA ESPECIAL INFRINGE EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 12 DEL ACUERDO OTC PORQUE LA PROHIBICIÓN CREÓ UN OBSTÁCULO INNECESARIO PARA LAS EXPORTACIONES DE UN PAÍS EN DESARROLLO MIEMBRO

53. El párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC obliga a los Miembros a tener en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros de la OMC con el fin de que los reglamentos técnicos no creen obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros. La prohibición de los cigarrillos de clavo de olor prescrita en la norma especial no era necesaria y eliminó completamente las exportaciones de cigarrillos de clavo de olor de Indonesia, que era de lejos el productor más importante de los cigarrillos de clavo de olor vendidos en los Estados Unidos. Los Estados Unidos no tuvieron en cuenta las preocupaciones reiteradamente expuestas por Indonesia y prohibieron los cigarrillos de clavo de olor, siendo así que tenían a su alcance otras medidas que restringían menos el comercio. Por ello, infringieron el párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC al elaborar y aplicar la norma especial.

J. LA NORMA ESPECIAL HA ANULADO O MENOSCABADO VENTAJAS RESULTANTES DIRECTA O INDIRECTAMENTE PARA INDONESIA

54. El párrafo 1 a) del artículo XXIII del GATT dispone que un Miembro puede entablar una acción y establece una presunción *prima facie* de anulación o menoscabo de ventajas si demuestra "que otra parte contratante no [ha cumplido] con las obligaciones contraídas en virtud del ... [GATT]". La violación por parte de los Estados Unidos del Acuerdo OTC y del GATT de 1994, que se ha demostrado antes, genera una presunción de anulación y menoscabo. Además, hay pruebas fácticas concluyentes de que la norma especial ha anulado o menoscabado las concesiones arancelarias en relación con los cigarrillos de clavo de olor de que se beneficiaba hasta ahora Indonesia.

IV. CONCLUSIÓN

55. Por las razones precedentes Indonesia solicita respetuosamente al Grupo Especial que constate que la norma especial es incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo OTC y del GATT de 1994. Solicita además que el Grupo Especial recomiende a los Estados Unidos que pongan sus medidas en conformidad con las obligaciones que les imponen el Acuerdo OTC y el GATT de 1994.

ANEXO A-2

RESUMEN DE LA PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS

I. INTRODUCCIÓN

1. Indonesia impugna la divisoria concreta trazada por el artículo 907(a)(1)(A) de la *Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia*, que prohíbe todos los cigarrillos con un aroma característico (incluido el de clavo de olor), salvo los cigarrillos de tabaco normales o mentolados, que son fumados diariamente por decenas de millones de estadounidenses. La divisoria entre esos diversos tipos de cigarrillos *no* se estableció en función del origen nacional de los productos, *ni* por razones proteccionistas (al fin y al cabo, la Ley, en su conjunto, afecta fundamentalmente a las empresas estadounidenses fabricantes de cigarrillos), sino que *se estableció* para proteger la salud pública, teniendo en cuenta las pruebas de que determinados productos representaban un riesgo extraordinario para los jóvenes, y de que su prohibición tenía escasas consecuencias desfavorables o no tenía ninguna. De los testimonios existentes se desprende sin lugar a dudas que los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados, por ejemplo con cereza, chocolate o cola, resultan especialmente atractivos para los jóvenes. La decisión de prohibir los cigarrillos de clavo de olor y los demás cigarrillos aromatizados se adoptó para proteger la salud pública. Los Miembros de la OMC nunca entendieron que una medida de esa naturaleza estuviera en contradicción con las obligaciones impuestas por las normas de la OMC, y esta medida es enteramente compatible con ellas.

2. En lo que respecta a las alegaciones formuladas en la presente diferencia, la República de Indonesia ("Indonesia") no ha satisfecho la carga probatoria que le incumbe. A efectos del trato nacional, los cigarrillos de clavo de olor no son productos similares a los cigarrillos, en general, y a los cigarrillos mentolados, en particular. Además, Indonesia no ha aportado pruebas de que se dé a los cigarrillos de clavo de olor un trato menos favorable que el otorgado a los productos no prohibidos en función del origen. A este respecto, los Estados Unidos han actuado en consonancia con sus obligaciones en materia de trato nacional. Resulta asimismo claro que Indonesia no ha satisfecho la carga que le impone el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC"). De hecho, no ha aportado ningún tipo de prueba de que haya otra medida razonablemente al alcance de los Estados Unidos que les permita alcanzar su objetivo legítimo al nivel que consideran apropiado y que sea significativamente menos restrictiva del comercio. De forma análoga, Indonesia no ha satisfecho la carga de probar ninguna de las demás alegaciones que formula en relación con el Acuerdo OTC.

II. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

A. EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) NO ES INCOMPATIBLE CON LAS DISPOSICIONES SOBRE TRATO NACIONAL DEL GATT DE 1994 Y DEL ACUERDO OTC

3. Indonesia aduce que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, basándose en un análisis deficiente y en pruebas insuficientes de que ese precepto da a los cigarrillos importados de Indonesia menos favorable que el otorgado a los producidos en los Estados Unidos. Indonesia se limita a argumentar que el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 impide a los Estados Unidos prohibir un determinado tipo de cigarrillos, como los cigarrillos de clavo de olor, a no ser que prohíban también, sin excepciones, los cigarrillos de producción nacional que se venden en el país, pero no demuestra que los cigarrillos de clavo de olor sean "similares" a los cigarrillos producidos en el país (y en particular a los cigarrillos de tabaco normales y mentolados). Además, Indonesia no ha

demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) dé a los cigarrillos de clavo de olor un trato menos favorable en función de su origen nacional.

B. EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) NO ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT

4. Indonesia sostiene que los cigarrillos producidos en los Estados Unidos y los cigarrillos de clavo de olor son productos "similares" en lo que respecta al artículo 907(a)(1)(A). No obstante, el análisis que hacemos a continuación demuestra que los cigarrillos de clavo de olor no están en una relación de competencia con los cigarrillos de tabaco normales o mentolados y que unos y otros no son intercambiables o sustituibles entre sí a juicio de los minoristas y de los consumidores. Por otra parte, la determinación relativa a la "similitud" requiere -además de centrarse en la relación de competencia entre los productos- un análisis cuidadoso de la importancia de las características que comparten en general todos los cigarrillos y de las características significativas en relación con la disposición de salud pública en litigio.

5. Composición física. La composición física de los cigarrillos de clavo de olor es diferente de la de los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados. Los brotes de clavo son capullos secos del árbol del clavo, que producen un sabor y aroma suaves y especiados. El clavo es un importante ingrediente de los cigarrillos de clavo de olor. Los cigarrillos de clavo de olor suelen contener un 60 por ciento de tabaco y un 40 por ciento de brotes de clavo y cacao. Los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados no contienen una cantidad significativa de ingredientes alimenticios. Además, a diferencia de los demás cigarrillos, los cigarrillos de clavo de olor contienen cantidades significativas de eugenol, que genera un efecto anestésico y adormecedor que, según las informaciones de que disponemos, atrae a los nuevos fumadores. Contienen además una "salsa" patentada a la que se atribuye parte de su atractivo. Los fabricantes de cigarrillos de clavo de olor añaden a sus productos esos aromatizantes físicamente distintos con el fin de diferenciar sus cigarrillos de los demás, lo que han conseguido. Los cigarrillos de clavo de olor contienen también un compuesto químico perjudicial, la cumarina, que no se encuentra ya en la mayoría de los cigarrillos, así como una serie de compuestos aromatizantes que no suelen encontrarse en los cigarrillos de tabaco normales o mentolados. A diferencia del clavo de olor que representa casi la mitad de los cigarrillos en peso, el mentol representa menos del 1 por ciento de un cigarrillo mentolado. Además, los cigarrillos mentolados no suelen contener cumarina ni otra serie de aromatizantes que se encuentran habitualmente en los cigarrillos de clavo de olor.

6. Usos finales. Los cigarrillos tienen en los Estados Unidos al menos dos usos finales, a los que se destinan en diverso grado los cigarrillos de clavo de olor, los cigarrillos de tabaco normales y los mentolados. Los cigarrillos cumplen la finalidad de satisfacer una adicción a la nicotina. En especial, los datos de que se dispone ponen de manifiesto que la mayoría de los 46 millones de estadounidenses que fuman habitualmente fuman cigarrillos de tabaco normales o mentolados. Los cigarrillos cumplen además la finalidad de generar una experiencia agradable unida al sabor del cigarrillo y al aroma del humo. De los datos de que disponemos se desprende que los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos con aromas característicos, en particular, se destinan a esa finalidad en los Estados Unidos, fundamentalmente entre los jóvenes.

7. Gustos y hábitos de los consumidores. El Órgano de Apelación ha puesto de relieve que cuando las propiedades físicas de los productos son muy diferentes, como ocurre en el presente caso, es imprescindible examinar los testimonios relativos a los gustos y hábitos de los consumidores para determinar la "similitud". El análisis debe centrarse en la determinación de si los productos son "intercambiables" o "sustituibles" entre sí a juicio de los consumidores, lo que demostraría la existencia de una relación de competencia.

8. A diferencia de otros casos en los que los grupos especiales han constatado que los consumidores perciben y utilizan los productos como productos intercambiables y sustituibles entre sí,

en el presente caso los consumidores distinguen claramente unos productos de otros. Indonesia no ha aportado ninguna prueba que demuestre que los cigarrillos de clavo de olor tratan de competir con los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados, ni que los consumidores consideren que se trata de productos sustituibles entre sí. Los cigarrillos de clavo de olor se comercializan, venden y utilizan como un producto de tabaco para "ocasiones especiales" y los cigarrillos mentolados se comercializan, venden y utilizan como cigarrillos que se fuman diariamente de forma habitual. Los cigarrillos de clavo de olor son fumados sobre todo por jóvenes, que suelen ser fumadores primerizos. Los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados son utilizados habitualmente por una gran cantidad de jóvenes, pero sobre todo de adultos que los fuman regularmente. Los cigarrillos de clavo de olor no compiten por el mercado del "uso habitual". Indonesia afirma, sin aportar ninguna prueba que lo demuestre, que los cigarrillos de clavo de olor compiten con los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados en lo que respecta a los canales de distribución, el espacio en anaqueles o la cuota de mercado. Los testimonios existentes con respecto a los gustos y hábitos de los consumidores indican que los cigarrillos de clavo de olor se utilizan "de forma similar" que los demás cigarrillos aromatizados prohibidos en virtud del artículo 907(a)(1)(A). Los cigarrillos de clavo de olor -como los de chocolate o "Midnight Madness" o "Mandalay Lime"- son elegidos casi exclusivamente por los jóvenes, para probar nuevas experiencias o para "ocasiones especiales". En ese sentido, tienen el efecto de hacer más atractivo el tabaco, especialmente en el caso de los nuevos usuarios. Indonesia presenta datos poco fiables para sugerir que la estructura de la utilización de los cigarrillos de clavo de olor es similar a la de los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados, con la salvedad de que se utilizan en menor escala. Además -y este aspecto es esclarecedor- Indonesia no cuestiona el hecho fundamental de que el número de adultos que fuman cigarrillos de clavo de olor es insignificante.

9. Clasificación arancelaria internacional. Los Estados Unidos sostienen que el trato fiscal dado a dos productos diferentes tiene escasa importancia para el análisis de la "similitud" cuando la medida interna de que se trata no se adopta con fines fiscales, sino para proteger la salud humana.

10. Conclusión acerca de la similitud de los productos. Indonesia no ha satisfecho la carga de probar que los cigarrillos de clavo de olor son "similares" a los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados. Como se ha indicado, los grupos especiales han examinado los "cuatro factores" expuestos en la medida en que sirven para determinar la similitud. En el presente caso, esos factores proporcionan un marco que nos permite llegar a las siguientes conclusiones fundamentales: 1) los cigarrillos de clavo de olor no están en relación de competencia con los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados, y 2) los cigarrillos de clavo de olor no son intercambiables con los cigarrillos de tabaco normales o mentolados, ni unos ni otros son sustituibles entre sí. No se trata de productos similares.

11. Trato menos favorable en función del origen. Una medida infringe lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III del GATT si da a un producto importado un trato menos favorable que el otorgado a un producto nacional similar en función del origen nacional. Aun prescindiendo de que los cigarrillos de clavo de olor no son productos similares a los cigarrillos de tabaco normales y a los cigarrillos mentolados, Indonesia no ha satisfecho la carga de probar que se da a los primeros un trato menos favorable en función de su origen nacional. El artículo III no prohíbe a los Miembros establecer distinciones reglamentarias entre productos diferentes que pueden corresponder a un único tipo de "producto similar" a efectos de ese artículo, sino dar -de *de jure* o *de facto*- a los productos importados un trato menos favorable que el otorgado a los productos nacionales.

12. Inexistencia de discriminación *de jure*. La prohibición de los cigarrillos con aromas característicos distintos del de tabaco o mentol es aplicable por igual a todos los cigarrillos vendidos en los Estados Unidos, con independencia del país en que se produzcan. En el presente caso, la medida en litigio es neutral en sus propios términos, e incumbe a Indonesia la carga de probar que, en su aplicación, implica una discriminación entre los cigarrillos indonesios y los cigarrillos de

producción nacional en función del origen y da a los productos importados un trato menos favorable que el otorgado a los productos nacionales.

13. Inexistencia de discriminación *de facto*. Indonesia no ha satisfecho la carga de probar la existencia de una discriminación *de facto*. En primer lugar, Indonesia no aclara *cuáles* son los productos que alega que son objeto de un trato diferente. En su primera comunicación escrita, aduce que los cigarrillos de clavo de olor son "similares" a los cigarrillos producidos en los Estados Unidos, sin excepción. De ello parece deducirse que la tesis de Indonesia es que una prohibición por los Estados Unidos de los cigarrillos con un aroma característico, incluidos los de clavo de olor, implicaría una discriminación en función del origen a no ser que los Estados Unidos prohibieran también *todos* los cigarrillos nacionales, aromatizados o no.

14. En segundo lugar, la insistencia de Indonesia en que el artículo 907(a)(1)(A) infringe el párrafo 4 del artículo III del GATT porque establece una distinción entre los cigarrillos de clavo de olor, de un lado y, según parece, todos los cigarrillos de origen nacional, de otro, es incompatible con la interpretación del "trato menos favorable" del Órgano de Apelación, aun en caso de que se determine que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos de origen nacional de cualquier tipo son productos "similares". El Órgano de Apelación reconoce que un Miembro puede establecer distinciones entre productos que se ha determinado que son "similares" siempre que no proteja la producción nacional ni dé a los productos importados un trato menos favorable.

15. No puede considerarse que las medidas que no dan un trato diferente a los productos en función de su origen y cuyos efectos no son consecuencia del origen del producto, sean medidas que protejan la producción nacional. La aplicación del artículo 907(a)(1)(A) es enteramente compatible con el objeto y finalidad de la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia, y, en general, con el enfoque de la reglamentación del tabaco adoptado por los Estados Unidos. El artículo 907(a)(1)(A) no afecta negativamente a un producto indonesio debido a una discriminación en función del origen, sino porque las autoridades sanitarias estadounidenses han determinado legítimamente que los cigarrillos de clavo de olor pertenecen a un tipo de cigarrillos que debe ser excluido del mercado estadounidense para proteger la salud pública. El artículo 907(a)(1)(A) establece una distinción entre los cigarrillos por razones de salud pública y no en función del origen nacional de los productos.

16. El artículo 907(a)(1)(A) no protege la producción nacional. Es aplicable a una amplia gama de cigarrillos estadounidenses que estaban destinados al mercado de los Estados Unidos. Las empresas tabacaleras estadounidenses han consagrado más de un decenio y han dedicado una cantidad incalculable de dinero al desarrollo, investigación y comercialización de cigarrillos con aromas "exóticos" destinados al mercado estadounidense y actualmente no pueden vender ninguno de esos productos a los consumidores a los que pretendían llegar. Además, el artículo 907(a)(1)(A) es parte de una Ley más amplia, que impone una serie de restricciones a todos los cigarrillos vendidos en los Estados Unidos, casi todos los cuales -un 97 por ciento- se producen en el país. El párrafo 4 del artículo III protege a los Miembros contra la discriminación en función del origen, pero no protege a los productos de otros países contra todos los efectos desfavorables de una medida adoptada para alcanzar un objetivo legítimo que tenga una repercusión desfavorable en ellos.

C. EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) NO ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

17. Los Estados Unidos desean señalar que en el análisis que ha de realizar el Grupo Especial de la "similitud" y del "trato menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC deben tenerse en cuenta algunas diferencias textuales y de contexto. Una de las diferencias que el Grupo Especial debe tener en cuenta es la declaración que se hace en el Preámbulo del Acuerdo OTC, según la cual "no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias ... para la protección de la salud y la vida de las personas". Hay que señalar también que el párrafo 1 de

artículo 2 declara, en la parte pertinente, que "[l]os Miembros se asegurarán de que *con respecto a los reglamentos técnicos* se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional ...". (sin cursivas en el original) En consecuencia, la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 2 es aplicable "con respecto" a un reglamento técnico. En un análisis del producto similar en el marco del Acuerdo OTC es preciso distinguir cuidadosamente las características que hacen identificable un producto o un grupo de productos a efectos de la reglamentación de las características que ponen de manifiesto la existencia de una relación de competencia o sustituibilidad en el mercado.

D. EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) NO ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

18. Indonesia aduce que el artículo 907(a)(1)(A) restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo y es, en consecuencia, incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Los argumentos de Indonesia deben ser rechazados.

19. En general, el artículo 907(a)(1)(A) responde al objetivo legítimo de proteger la salud pública. En particular, su objetivo legítimo es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes en la forma apropiada para la salud pública, teniendo en cuenta las consecuencias desfavorables que tendría la prohibición de productos de los que dependen química y psicológicamente decenas de millones de adultos. Entre esas consecuencias desfavorables pueden citarse sus repercusiones, no conocidas, pero probablemente negativas, en la salud de los fumadores adultos y en el sistema estadounidense de atención de salud en general, así como la expansión del ya existente mercado negro de cigarrillos en los Estados Unidos. No tener en cuenta el riesgo que entrañan esos factores, que están siendo estudiados actualmente por la FDA y por otros, podría socavar, en lugar de mejorar, la salud pública en los Estados Unidos.

20. Habida cuenta de la importancia de la salud pública, los Estados Unidos han optado por un elevado nivel de protección. Dada la dilatada y desalentadora experiencia del Gobierno estadounidense en sus intentos de limitar el consumo de tabaco entre los jóvenes, ese elevado nivel de protección se traduce en la medida aplicada: una prohibición. Como se explica más adelante, el artículo 907(a)(1)(A) cumple sin duda ese objetivo legítimo al nivel que los Estados Unidos consideran apropiado. Por último, Indonesia no ha demostrado que haya otra medida que permita alcanzar el objetivo legítimo de los Estados Unidos al nivel que éstos consideran apropiado y que sea significativamente menos restrictiva del comercio que ese artículo. En tal sentido, Indonesia no ha satisfecho la carga de probar la existencia de una infracción del párrafo 2 del artículo 2.

21. La medida se orienta en general al logro del objetivo de proteger la salud pública. En particular, la primera parte de ella -la prohibición- responde a la finalidad de reducir el porcentaje de jóvenes que se convierten en fumadores, excluyendo a tal fin del mercado determinados productos que resultan especialmente atractivos para los jóvenes. La segunda parte de la medida -la excepción a la prohibición, de alcance limitado- responde a la finalidad de asegurarse de que una prohibición que reduce el consumo de tabaco entre los jóvenes sea adecuada para la protección de la salud pública teniendo en cuenta el riesgo de las consecuencias negativas que puede tener para los fumadores adultos, el sistema estadounidense de atención de salud y la sociedad en general la eliminación del mercado de productos a los que son adictos decenas de millones de adultos.

22. El objetivo legítimo es la protección de la salud humana, que se cita expresamente como objetivo legítimo en el párrafo 2 del artículo 2. Además, la lista de objetivos legítimos de ese párrafo no es exhaustiva, como corrobora el empleo de la expresión "entre otros", aspecto éste que confirmó el Grupo Especial encargado de examinar el asunto *CE - Sardinas*, que constató que dos objetivos no enunciados en ese párrafo eran objetivos legítimos. La medida pretende reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes en la forma adecuada para la protección de la salud pública, teniendo en cuenta el riesgo de consecuencias desfavorables, incluidas las repercusiones negativas en la salud de los

fumadores adultos adictos al tabaco, así como la necesidad de proteger la integridad del sistema nacional de atención de salud y limitar la expansión de un mercado negro no reglamentado e ilícito.

23. El artículo 907(a)(1)(A) cumple el objetivo legítimo de proteger la salud pública mediante la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes, evitando al mismo tiempo las consecuencias desfavorables que puede provocar la prohibición de productos a los que son adictos decenas de millones de adultos, limitando a tal fin el alcance de la prohibición a los productos que sirven de productos "de iniciación" o "de habituación" para los jóvenes fumadores, y que no son utilizados regularmente por los fumadores adultos, como se deduce de los datos que ponen de manifiesto que los cigarrillos aromatizados -con excepción de los mentolados- son fumados por jóvenes fumadores primerizos (menores de edad o adultos jóvenes) en una proporción muchísimo mayor que por fumadores adultos de mayor edad y ya adictos al tabaco.

24. Un Miembro tiene derecho a asegurarse de que sus medidas logran el nivel de protección que haya considerado apropiado. Aunque durante varios años el porcentaje de fumadores entre los jóvenes, al igual que entre la población en general, ha disminuido, el Congreso constató que el número de fumadores, y especialmente de jóvenes fumadores, seguía siendo "inaceptablemente elevado". El artículo 907(a)(1)(A) constituye una restricción global de la venta de productos que atraen a los jóvenes, pero que son utilizados regularmente por un número insignificante de fumadores adultos, y fue un paso necesario para seguir reduciendo el consumo de tabaco entre los jóvenes habida cuenta de que los anteriores intentos de establecer restricciones a la publicidad y otras medidas similares habían -según el término utilizado por el Congreso- "fracasado". En consecuencia, el tipo de medida adoptado por el Congreso -una prohibición- refleja la gravedad del problema del consumo de tabaco entre los jóvenes. La prohibición por el artículo 907(a)(1)(A) de los cigarrillos aromatizados que se utilizan únicamente como productos "de habituación", y que no afecta a aquellos productos que no son atractivos únicamente para los jóvenes, responde al objetivo legítimo de proteger la salud pública al nivel que los Estados Unidos consideran apropiado.

25. El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone que los reglamentos técnicos no "restringirán el comercio más de lo necesario" para alcanzar un objetivo legítimo. Jurídicamente sólo puede considerarse que una medida que cumple su objetivo legítimo al nivel que el Miembro considera apropiado restringe el comercio más de lo necesario si el Miembro reclamante demuestra que hay razonablemente al alcance del Miembro demandado otra medida que le permite también alcanzar su objetivo legítimo al nivel que considera apropiado y que entraña una restricción del comercio significativamente menor que la medida impugnada. Indonesia no ha aportado pruebas de que ni una sola de las numerosas medidas que ha seleccionado de distintas fuentes cumpla ese criterio y, en consecuencia, no ha satisfecho la carga de establecer una presunción *prima facie* de incompatibilidad.

26. Indonesia aduce que el Grupo Especial debe basarse en el sentido del término "necesarias" que se utiliza en el artículo XX del GATT de 1994, conforme a la interpretación dada al mismo por el Órgano de Apelación y anteriores grupos especiales, para interpretar el criterio del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que exige que las medidas "no restrinjan el comercio más de lo necesario". Ese enfoque carece de base y no está justificado. La interpretación adecuada del criterio del párrafo 2 del artículo 2 se infiere del propio texto de ese párrafo y del contexto pertinente, de conformidad con los artículos 31 y 32 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. El término "necesarias" del artículo XX se emplea con un sentido diferente para abarcar una serie diferente de circunstancias. En consecuencia, no sería procedente aplicar el mismo enfoque interpretativo que han aplicado los grupos especiales y el Órgano de Apelación en conexión con el término "necesarias" del artículo XX del GATT de 1994.

27. En los párrafos 106-111, Indonesia se limita a enumerar una serie de medidas restrictivas diferentes, tomadas de otras partes de la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia, del acuerdo de avenencia de 2006 con RJ Reynolds, de las leyes de Singapur y Australia y del

Convenio Marco para el Control del Tabaco y reseña brevemente esas restricciones sin aportar ninguna prueba de que cualquiera de ellas cumpla el objetivo de los Estados Unidos al nivel de protección que éstos consideran apropiado ni de que entrañe una restricción del comercio significativamente menor que el artículo 907(a)(1)(A). La parte reclamante no satisface la carga de establecer una presunción *prima facie* mediante la simple remisión a otras medidas, sino que debe establecer, mediante pruebas suficientes, una presunción de incompatibilidad con cada una de las partes de la norma jurídica.

E. INDONESIA NO HA DEMOSTRADO QUE LOS ESTADOS UNIDOS ACTUARAN DE MANERA INCOMPATIBLE CON OTROS ARTÍCULOS DEL ACUERDO OTC

28. Párrafo 5 del artículo 2. Indonesia sostiene que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 2 al no dar a las preguntas de Indonesia sobre el artículo 907(a)(1)(A) "una respuesta completa" en la que se proporcionen "testimonios científicos" y "se haga referencia a los términos de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC". Indonesia interpreta erróneamente la obligación pertinente. En la presente diferencia, los Estados Unidos han actuado de manera compatible con el párrafo 5 del artículo 2 y han explicado los objetivos de su medida y la justificación de su promulgación. De hecho, los Estados Unidos e Indonesia han mantenido numerosos intercambios de opiniones al respecto. Por ejemplo, los Estados Unidos aceptaron adoptar las disposiciones necesarias para mantener un diálogo bilateral con Indonesia en Ginebra el 27 de agosto de 2009. En la semana posterior, el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, Embajador Ronald Kirk, debatió las preocupaciones expuestas por Indonesia con ocasión de una reunión ministerial de la OMC celebrada en la India. A este intercambio de opiniones siguió el debate sobre la cuestión que mantuvieron las delegaciones de ambos países en la reunión de noviembre de 2009 del Comité OTC.

29. Párrafo 8 del artículo 2. Indonesia sostiene que, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC, "los reglamentos técnicos de un Miembro deben exigir que los productos alcancen un determinado nivel en relación con las propiedades de uso y empleo en lugar de limitarse a especificar cómo deben elaborarse los productos o qué deben contener" y concluye que "al basar la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor de la norma especial en características descriptivas, los Estados Unidos han infringido el párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC". El argumento de Indonesia es erróneo.

30. El argumento de Indonesia prescinde de la limitación fundamental que establece el párrafo 8 del artículo 2: la obligación de definir los reglamentos técnicos en función de las propiedades de uso y empleo sólo es aplicable en los casos en que ello es "procedente". Como se ha expuesto antes, el Congreso optó por estructurar el artículo 907(a)(1)(A) atendiendo a características descriptivas, dado que son los aditivos, aromatizantes, hierbas y especias los que generan el riesgo al que se pretende hacer frente con ese artículo. Además, la carga de probar la existencia de una infracción del párrafo 8 del artículo 2 incumbe a Indonesia. No obstante, Indonesia ni siquiera expone la razón por la que no es "procedente" estructurar el artículo 907(a)(1)(A) atendiendo a características descriptivas.

31. Párrafo 9 del artículo 2. Indonesia sostiene que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo OTC por no haber notificado el artículo 907(a)(1)(A). Corresponde a Indonesia la carga de probar todos los elementos de su alegación.

32. Párrafo 12 del artículo 2. Indonesia aduce también que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque sólo previeron un plazo de tres meses entre la publicación de la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia y su entrada en vigor. Este argumento de Indonesia es también erróneo. La afirmación de Indonesia de que el plazo de 90 días previsto por los Estados Unidos no puede considerarse un plazo prudencial se basa en una decisión del Comité OTC. La remisión de indonesia a la decisión del

Comité OTC no demuestra, por numerosas razones, que los Estados Unidos infringieran el párrafo 12 del artículo 2 de Acuerdo OTC. Habida cuenta de que la decisión del Comité OTC no vincula a los Miembros de la OMC, así como las matizaciones con que se formula, la determinación por un grupo especial de si un lapso determinado de tiempo constituye o no un plazo "prudencial" debe hacerse caso por caso. En el presente caso, Indonesia no ha satisfecho la carga de probar que el plazo de 90 días previsto por los Estados Unidos no puede considerarse un plazo prudencial.

33. Párrafo 3 del artículo 12. Por último, Indonesia aduce que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC. Para establecer la existencia de una infracción del párrafo 3 del artículo 12, la parte demandada debe demostrar lo siguiente: 1) que es un país en desarrollo; 2) que el otro Miembro no tuvo en cuenta sus necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio cuando preparó y aplicó el reglamento técnico; y 3) que el Miembro en cuestión no tuvo en cuenta esas necesidades *con el fin de* asegurarse de que el reglamento técnico no creara obstáculos innecesarios para la exportación.

34. A este respecto, Indonesia no ha satisfecho la carga de probar ninguno de esos elementos. Suponiendo, a efectos de argumentación, que sea un país en desarrollo, Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos no tuvieran en cuenta una o varias necesidades especiales de Indonesia al promulgar la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia. Por el contrario, en los cinco años transcurridos entre la presentación inicial del proyecto de ley para su examen en la Cámara de Representantes, en 2004 y la promulgación de la Ley en 2009, se dio a Indonesia amplia oportunidad de dar a conocer sus opiniones al Congreso y a la Administración, y de hecho Indonesia las dio a conocer. Indonesia mantuvo numerosas comunicaciones con el Congreso y con la Administración, e informó ampliamente de su posición a los Estados Unidos. Los Estados Unidos, al dar a Indonesia la oportunidad de formular observaciones en diversas etapas del proceso legislativo, así como sobre la versión que se ha convertido en una ley de los Estados Unidos, cumplieron la obligación que les impone el párrafo 3 del artículo 12.

F. EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) ESTÁ JUSTIFICADO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO XX

35. Indonesia no ha demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) entrañe el incumplimiento de obligaciones impuestas a los Estados Unidos por el párrafo 4 del artículo III del GATT. En caso de que el Grupo Especial proceda a examinar la cuestión de las excepciones previstas en el GATT, la aplicación del artículo 907(a)(1)(A) estaría justificada en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT. El Órgano de Apelación ha explicado que la parte demandada debe demostrar que la medida: 1) está comprendida en el ámbito de aplicación de la excepción prevista en el apartado b) del artículo XX; y 2) cumple los requisitos establecidos en la introducción del artículo XX.

36. Anteriores grupos especiales han indicado que para que una medida esté comprendida en el ámbito de aplicación de la excepción prevista en el apartado b) del artículo XX es necesario que se cumplan dos condiciones: 1) que la política relativa a la medida respecto de la cual se invoca esa disposición pertenezca a la categoría de las políticas destinadas a la protección de la salud y la vida de las personas o de los animales o la preservación de los vegetales; y 2) que la medida incompatible respecto de la que se invoca la excepción sea necesaria para alcanzar el objetivo de política correspondiente.

37. El artículo 907(a)(1)(A) se promulgó para proteger la salud y la vida de las personas contra el riesgo que entraña el hábito de fumar. Además, ese artículo era necesario para lograr que productos que se utilizan predominantemente como productos "de iniciación" para los jóvenes, abocan a años de adicción y problemas de salud y pueden llevar a la muerte, no pudieran venderse en absoluto en los Estados Unidos. En relación con este último aspecto los Estados Unidos consideran que el Grupo Especial debe llegar la misma conclusión si sigue el método utilizado por anteriores grupos especiales para determinar si una medida es necesaria en el marco de una de las excepciones previstas en el artículo XX. Al abordar la cuestión de si una medida es o no necesaria, otros grupos especiales han

llevado a cabo "un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores", entre ellos 1) la importancia de los intereses o valores en juego; 2) la contribución de la medida a su objetivo; y 3) el grado de restricción del comercio que entraña la medida. Esos tres factores avalan la determinación de que el artículo 907(a)(1)(A) era necesario para proteger la vida y la salud de las personas de los riesgos que plantea el hábito de fumar y especialmente el hábito de fumar entre los jóvenes.

38. En primer lugar un factor que los grupos especiales examinan generalmente para determinar si una medida es o no necesaria es la importancia de los intereses o valores en juego. Cuando el interés en juego reviste una importancia fundamental, anteriores grupos especiales se han mostrado más inclinados a determinar que una medida es necesaria para alcanzar su objetivo declarado. Ese es precisamente el caso que nos ocupa. Los Estados Unidos aplican el artículo 907(a)(1)(A) para proteger la vida y la salud de su población, y especialmente de los jóvenes estadounidenses.

39. En segundo lugar, para determinar si una medida es o no necesaria para alcanzar un objetivo concreto, los grupos especiales han evaluado la contribución de la medida al logro de ese objetivo. La medida contribuye a ese objetivo cuando hay una auténtica relación de fin a medio entre el objetivo perseguido y la medida de que se trata. A este respecto también, cuando un grupo especial constata la existencia de una auténtica relación entre la medida y el objetivo de política que se pretende lograr, se siente más inclinado a considerar necesaria la medida en cuestión. El artículo 907(a)(1)(A) contribuye directamente a la protección de la vida y la salud de las personas al garantizar que no puedan venderse en el mercado productos que representan un riesgo particular para los jóvenes.

40. En tercer lugar, para determinar si una medida es o no necesaria para alcanzar su objetivo declarado, los grupos especiales han examinado el grado de restricción del comercio que entraña. Cuanto más restrictiva sea una medida, más cuidadosamente puede ser menester examinarla para determinar si es necesaria para alcanzar un objetivo concreto. No obstante, una medida restrictiva puede seguir siendo considerada necesaria por razón de la situación contextual en que se invoca la excepción del apartado b) del artículo XX. Como hemos explicado antes, en el presente caso la situación consistía en que el porcentaje de fumadores entre los jóvenes seguía siendo inaceptablemente elevado en el momento en que se promulgó la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia, y el Congreso consideró procedente aplicar restricciones más severas que las que se habían aplicado hasta entonces.

41. El Órgano de Apelación ha explicado en anteriores informes que para justificar una medida al amparo del apartado b) del artículo XX, la parte demandada debe demostrar además que la medida cumple los requisitos establecidos en la introducción de ese artículo, y ha aclarado que a tal fin tiene que demostrar que su medida no constituye 1) un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalecen las mismas condiciones ni 2) una restricción encubierta al comercio internacional.

42. El Órgano de Apelación ha explicado en anteriores informes que se considerará que una medida se aplica en forma que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable si se cumplen las tres condiciones siguientes: 1) que la aplicación de la medida dé lugar a discriminación; 2) que la discriminación tenga carácter arbitrario o injustificable; y 3) que la discriminación se produzca entre países en que prevalezcan las mismas condiciones. En la presente diferencia no se cumplen esas tres condiciones.

43. En primer lugar, no hay diferencia de trato en absoluto y, por ende, no puede haber ninguna "discriminación", arbitraria, injustificada o de cualquier otro tipo. Como hemos expuesto antes, la medida en litigio es una medida neutral en sus propios términos, que se aplica por igual a todos los cigarrillos independientemente de su origen.

44. No obstante, aun en el caso de que se constatara que el artículo 907(a)(1)(A) establece una "discriminación", esa discriminación no puede considerarse "arbitraria" o "injustificada". Si la parte demandada expone una razón de ser de la medida que no sea caprichosa, aleatoria o indefendible, la medida no estará en contradicción con ese elemento de la introducción. Esto es claramente lo que ocurre en la presente diferencia. Como han explicado muy detalladamente los Estados Unidos, no cabe duda de que el Congreso no trazó la divisoria para decidir qué producto se prohibiría y cuáles no de forma arbitraria o caprichosa, sino que se basó en las pruebas disponibles con el fin de hacer frente a un riesgo específico para la salud pública. En ese sentido, el artículo 907(a)(1)(A) no representa un acto de discriminación arbitrario o injustificado.

45. El último requisito para que una medida esté justificada en virtud de la introducción del artículo XX del GATT y del apartado b) de dicho artículo es que no sea una restricción encubierta al comercio internacional. A este respecto es pertinente examinar la finalidad de la medida para determinar si responde a "objetivos proteccionistas". Si la finalidad de una medida es de carácter proteccionista, se considerará probablemente que constituye una restricción encubierta al comercio internacional y no cumple los requisitos introducidos en la introducción. En el presente caso, las pruebas demuestran que el artículo 907(a)(1)(A) no constituye una restricción encubierta al comercio internacional.

46. Por consiguiente, el artículo 907(a)(1)(A) cumple los requisitos de la introducción y está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT.

_____

ANEXO B

RESÚMENES DE LAS COMUNICACIONES DE LOS TERCEROS

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación del Brasil en calidad de tercero	B-2
Anexo B-2	Resumen de la declaración oral del Brasil en la primera reunión sustantiva	B-5
Anexo B-3	Resumen de la declaración oral de Colombia en la primera reunión sustantiva	B-6
Anexo B-4	Resumen de la comunicación en calidad de tercero y de la declaración oral de la Unión Europea	B-11
Anexo B-5	Declaración oral de Guatemala en la primera reunión sustantiva	B-15
Anexo B-6	Declaración oral de México en la primera reunión sustantiva	B-18
Anexo B-7	Resumen de la declaración oral de Noruega en la primera reunión sustantiva	B-22
Anexo B-8	Resumen de la comunicación de Turquía en calidad de tercero	B-26

ANEXO B-1

RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DEL BRASIL EN CALIDAD DE TERCERO

I. EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC Y EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994, LA DISCRIMINACIÓN *DE FACTO* Y EL ANÁLISIS DE LA SIMILITUD

1. En su primera comunicación escrita, Indonesia sostiene que la norma especial es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, porque como consecuencia de ella se da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato "menos favorable" que el otorgado a los productos nacionales similares. En respuesta a esas alegaciones, los Estados Unidos afirman que la norma especial es compatible con sus obligaciones en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque "*establece una distinción entre cigarrillos en función de sus efectos generales en la salud pública y no de su origen nacional*" y no ofrece protección a la rama de producción nacional.

2. Aunque comparte con los Estados Unidos la preocupación por el hábito de fumar entre los jóvenes, el Brasil coincide con Indonesia en que la norma especial establece una discriminación injustificable contra los cigarrillos importados.

3. En lo que respecta al sentido de la expresión "productos similares", el Brasil coincide con Indonesia en que pueden ser pertinentes los cuatro criterios establecidos por el Grupo de Trabajo sobre Ajustes fiscales en frontera, descritos por el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, así como la observación del Órgano de Apelación en ese asunto de que "la expresión 'productos similares' se refiere a las relaciones de competencia entre dos o más productos" y de que "es importante tener en cuenta las pruebas que indican si y en qué medida los productos de que se trata están -o podrían estar- en una relación de competencia en el mercado".

4. En el presente caso, hay pruebas suficientes para llegar a la conclusión de que los cigarrillos de clavo de olor importados y los cigarrillos producidos en los Estados Unidos, y en particular los cigarrillos mentolados, son productos similares, y, por tanto, debe darse al producto importado un trato no menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares en el mercado de los Estados Unidos. Habida cuenta de ello, el Brasil concluye que la norma especial no ofrece iguales oportunidades de competencia a los cigarrillos importados (cigarrillos de clavo de olor) y al producto nacional similar (cigarrillos mentolados) en el mercado estadounidense, por lo que parece ser incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

II. EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

5. En su primera comunicación escrita, Indonesia aduce que los Estados Unidos incumplieron el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque las medidas en litigio restringen el comercio más de lo necesario para proteger la salud humana. Los Estados Unidos consideran que esas medidas cumplen el objetivo legítimo a un nivel adecuado y aceptable, y alegan que Indonesia no presentó ninguna otra medida que pudiera haber estado razonablemente a su alcance y fuera significativamente menos restrictiva del comercio que la medida impugnada.

6. En lo que respecta al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Brasil desea centrarse en dos aspectos de la medida en litigio en la presente diferencia: i) si la Ley y la norma especial persiguen un objetivo legítimo conforme a lo establecido en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC; y ii) si la norma especial restringe el comercio más de lo "necesario" para alcanzar su

objetivo. El Brasil entiende que esos dos aspectos están ligados entre sí, porque el párrafo 2 del artículo 2 dispone que las medidas "no restringirán" el comercio más de lo "necesario" para alcanzar un objetivo legítimo. Como nos recordó el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados*, la contribución de la medida al logro de su objetivo es un elemento fundamental en el análisis de la necesidad.

7. Habida cuenta de los problemas de salud que plantean los cigarrillos, las medidas destinadas a controlar ese producto son legítimas como política de salud pública. No obstante, hay que señalar que los cigarrillos mentolados representan el 43 por ciento de los cigarrillos fumados por fumadores jóvenes en los Estados Unidos y que la prohibición impuesta por la norma especial no afecta a esos cigarrillos. Sobre la base de los hechos que concurren en el presente caso, el Brasil considera que el elemento fundamental que ha de analizar el Grupo Especial para evaluar la conformidad de la medida con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC es si la norma especial es "necesaria" para el logro de su objetivo legítimo.

8. Al analizar la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la invocación por los Estados Unidos de la excepción prevista en el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 en la presente diferencia, el Grupo Especial debe evaluar si la norma especial es en realidad "necesaria". A este respecto, el Brasil considera que la jurisprudencia relativa al artículo XX del GATT de 1994 es especialmente útil. A su juicio, la cuestión interpretativa que se plantea en relación con la aclaración del sentido del término "necesario" del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no estriba en si es aplicable o no la jurisprudencia establecida en el marco del artículo XX del GATT de 1994, sino en si el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994 imponen el mismo razonamiento. Dadas las similitudes del texto de una y otra disposición y de las finalidades a las que responden, el Brasil considera que se impone el mismo razonamiento, por lo que la jurisprudencia establecida en el marco del artículo XX del GATT de 1994 es muy pertinente a la aclaración del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

9. Como ya se ha indicado, la contribución de la medida al logro de su objetivo es un elemento fundamental para determinar si una medida que restringe el comercio es o no "necesaria". El Brasil considera que las prohibiciones del comercio requieren un grado mayor de justificación que otras medidas restrictivas del comercio y, por tanto, es preciso que contribuyan de forma clara y significativa al logro de sus objetivos declarados, como explicó el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados*.

10. El Brasil considera que los intereses y valores a los que responde la Ley son sumamente importantes, pero entiende que la exclusión de los cigarrillos mentolados del ámbito de las restricciones comerciales impuestas por la norma especial arroja dudas sobre la contribución de la medida al logro de su finalidad declarada. Desde el punto de vista de la política de salud, la primera opción que deberían haber considerado los Estados Unidos para alcanzar el objetivo legítimo de la Ley era la imposición de una medida aplicable a todos los cigarrillos aromatizados, nacionales e importados, incluidos los cigarrillos mentolados, pero se optó por no prohibir en la norma especial precisamente el tipo de cigarrillos aromatizados utilizados con mayor frecuencia por los fumadores jóvenes. Esta exclusión expresa de un producto nacional similar -igualmente perjudicial para la salud- del ámbito de aplicación de la medida arroja dudas sobre su contribución al logro de su finalidad declarada.

11. Además, para estar en conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, un reglamento técnico no debe "restringir el comercio más" de lo necesario para alcanzar su objetivo legítimo, por lo que es preciso determinar si hay al alcance medidas menos restrictivas del comercio que cumplan la misma finalidad de política. A este respecto, el Brasil considera que el Grupo Especial debe examinar cuidadosamente si Indonesia ha demostrado *prima facie* la existencia de medidas menos restrictivas del comercio para alcanzar el objetivo declarado de la Ley, y, de ser así, si

los Estados Unidos han satisfecho adecuadamente la carga de probar que las medidas indicadas por Indonesia no permiten alcanzar ese objetivo.

III. EL PÁRRAFO 8 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

12. En su primera comunicación escrita, Indonesia alega que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque la norma especial establecida en la Ley se basa en las características descriptivas, y no en las propiedades de uso y empleo del producto. Los Estados Unidos hacen hincapié en que es inexcusable analizar la expresión "en todos los casos en que sea procedente" al interpretar el párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC y sostienen que esa expresión permite a los Miembros estructurar sus reglamentos en función de las características descriptivas cuando ello sea "procedente".

13. De la simple lectura del párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC se desprende que las "características descriptivas" no pueden constituir una base adecuada para los reglamentos técnicos. No obstante, la obligación establecida en ese párrafo no es aplicable en todos los casos, sino sólo "en todos los casos en que sea procedente".

14. Teniendo en cuenta el sentido corriente y el contexto de esas palabras, cabe concluir que por "procedente" debe entenderse algo que está entre lo conveniente y lo obligado. El Brasil entiende que la expresión "en todos los casos en que sea procedente" se incluyó en el párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC para reconocer que no es posible medir todos los productos en función de sus propiedades de uso y empleo, pero que siempre que sea posible el reglamento técnico no debe establecerse en función del diseño o de las características descriptivas del producto.

15. En síntesis, al evaluar la expresión "en todos los casos en que sea procedente" del párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial debe tener especialmente en cuenta el objetivo y fin de la disposición, para no debilitar el carácter vinculante que parece deducirse de su texto y su contexto.

ANEXO B-2

RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL DEL BRASIL EN LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA

I. LA DEMOSTRACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN *DE FACTO* EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994

1. En su primera comunicación escrita, los Estados Unidos propugnan una interpretación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 que exigiría como requisito previo de la demostración de la existencia de una discriminación *de facto* pruebas de la existencia de efectos desfavorables para el producto importado en función de su origen. Conforme a esta tesis, si se constatara que el motivo en que se basa la discriminación es cualquier otro factor o circunstancia distinto del origen extranjero del producto no habría una infracción del párrafo 4 del artículo III porque, supuestamente, en ese caso con la medida no se protegería la producción nacional.

2. El Órgano de Apelación ha entendido que la expresión "trato no menos favorable" del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 no impide a los Miembros dar un trato diferente a los productos importados y a los nacionales, sino que con ella se trata de garantizar que no se distorsionen las condiciones de competencia entre los productos importados y los productos nacionales similares. En consecuencia, los efectos diferentes de una medida en los productos importados y los productos nacionales similares sólo pueden estar justificados si no alteran las condiciones de competencia en beneficio de los últimos.

3. El Brasil considera que, al evaluar si una medida modifica las condiciones de competencia entre los productos importados y los productos nacionales similares, ninguna característica o efecto aislado tiene por sí solo una importancia decisiva. Aunque es cierto que no puede considerarse que toda diferencia de trato entre los productos importados y los productos nacionales similares constituya una infracción del párrafo 4 del artículo III, conforme a la decisión adoptada por el Órgano de Apelación en *República Dominicana - Importación de cigarrillos*, también es cierto que una medida que, por su diseño, arquitectura y estructura, modifique las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados similares, es por esa razón, una medida con la que "se protege la producción nacional" aunque no se haya establecido en función del origen extranjero del producto perjudicado.

4. Sobre la base de las consideraciones expuestas, el Brasil estima que la cuestión esencial en un análisis en el marco del párrafo 4 del artículo III estriba en el grado en que la aplicación de una medida tiene como consecuencia el otorgamiento de un trato menos favorable al producto importado, independientemente del objetivo declarado de esa medida. En consecuencia, el Brasil considera que el Grupo Especial debe centrar su evaluación de la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 4 del artículo III en las características de la medida estadounidense impugnada y en sus efectos reales sobre la competencia en el mercado estadounidense de cigarrillos en su conjunto, y sopesar cuidadosamente todos los elementos que concurren en la presente diferencia.

ANEXO B-3

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

I. INTRODUCCIÓN

1. La intervención de Colombia en la presente diferencia se debe a su interés sistémico en lo que respecta a la aplicación de varias disposiciones de los Acuerdos abarcados de la OMC que son objeto de debate en ella.

2. Colombia, aunque no adopta una posición definitiva sobre los elementos de hecho del presente asunto -en gran medida relacionados con los testimonios científicos-, expondrá su opinión acerca de algunas de las alegaciones jurídicas formuladas por las partes en esta diferencia. En primer lugar, se ocupará de la cuestión de la similitud en el *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* (el "Acuerdo OTC") y en el GATT. A continuación formulará observaciones sobre el requisito de *necesidad* del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Seguidamente, evaluará el criterio jurídico de interpretación con arreglo al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Por último, formulará algunas observaciones acerca del trato especial y diferenciado previsto en el artículo 12 del Acuerdo OTC.

II. OTORGAMIENTO A DETERMINADOS CIGARRILLOS PRODUCIDOS O VENDIDOS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE UN TRATO MÁS FAVORABLE QUE EL DADO A LOS CIGARRILLOS IMPORTADOS DE INDONESIA

3. Indonesia alega, al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, que el artículo 101(b) de la *Ley del control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia* de 2009 (la "norma especial") da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados y normales nacionales.[1] En respuesta a esta alegación, los Estados Unidos afirman que Indonesia no ha satisfecho la carga de probar que los cigarrillos de clavo de olor son productos similares a los cigarrillos de tabaco normales y mentolados y que la norma especial da a los primeros, en función de su origen nacional, un trato menos favorable que el otorgado a los segundos.[2]

4. Colombia sostiene que para llegar a una conclusión acerca de si los cigarrillos de clavo de olor son similares o no a los cigarrillos de tabaco normales y a los cigarrillos mentolados, debe prestarse especial atención a los gustos y hábitos de los consumidores, como hizo el Grupo Especial en el asunto *Indonesia - Automóviles*, en el que se sopesó el reconocimiento o no de la similitud entre determinados vehículos. En ese caso, el Grupo Especial declaró que "aunque los consumidores pueden tener preferencias en cuanto a las marcas, en general se reconoce que los productos mismos pertenecen a la misma categoría de los 'sedanes'".[3]

5. Además, Colombia considera que, aunque los Estados Unidos sostienen que para que haya una infracción del párrafo 4 del artículo III es necesario que la discriminación se base en el origen de los cigarrillos, no está claro cuál sea la fuente jurídica de ese requisito. El Órgano de Apelación declaró en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* que "[p]ara que se establezca que ha habido una infracción del párrafo 4 del artículo III deben darse tres elementos: que los productos importado y nacional en cuestión sean 'productos similares'; que la medida en cuestión sea una 'ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la

[1] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 36-72.
[2] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 196-198.
[3] Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafo 5.8.

distribución y el uso de estos productos en el mercado interior'; y que los productos importados reciban 'un trato menos favorable' que el concedido a los productos similares de origen nacional. Únicamente el último elemento -'un trato menos favorable'- es objeto de controversia entre las partes y de litigio en la presente apelación."[4]

6. A este respecto, el Grupo Especial podría aprovechar la oportunidad para aclarar en qué grado el reclamante que alegue una infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 tiene que probar que la medida en litigio entraña una discriminación en función del origen de los cigarrillos, como requisito adicional a los descritos por el Órgano de Apelación en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*.

III. LA PRUEBA DE NECESIDAD CON ARREGLO AL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

7. Indonesia alega que la norma especial restringe el comercio más de lo *necesario* para alcanzar el objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. En respuesta a esa alegación, los Estados Unidos aducen que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la norma especial no restringe el comercio más de lo necesario.

8. Colombia sostiene que el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC exige una prueba de la *necesidad* de la medida acorde con el grado de restricción del comercio que implica, y que es preciso sopesar esa necesidad teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo. En consecuencia, para constatar la existencia de una infracción del párrafo 2 del artículo 2, el Grupo Especial ha de determinar que la medida en litigio restringe el comercio más de lo *necesario* para alcanzar el objetivo legítimo y que la no aplicación de la medida no entraña un riesgo para la protección del objetivo legítimo perseguido.

9. Colombia opina que la prueba de *necesidad* puede establecerse utilizando a tal fin el criterio de *necesidad* utilizado por varios grupos especiales y por el Órgano de Apelación en asuntos en los que se debatía la aplicación de los apartados b) y d) del artículo XX del GATT[5], en aplicación de ciertas normas básicas de interpretación, como el principio de analogía. Además, Colombia señala a la atención del Grupo Especial la importancia decisiva que reviste la prueba de *necesidad* en el proceso de sopesar el grado de restricción del comercio que entraña una medida y los objetivos de política que tratan de alcanzar los Miembros mediante su reglamentación nacional.

10. Por consiguiente, Colombia considera que una prueba de esta naturaleza puede aportar elementos claros al análisis de la compatibilidad de las medidas nacionales con diversas disposiciones de los acuerdos abarcados de la OMC, como el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En ese sentido, como ha propuesto la parte reclamante, el Grupo Especial podría utilizar el enfoque basado en las *alternativas razonablemente al alcance* como elemento de la prueba de *necesidad* en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

11. En consecuencia, Colombia solicita respetuosamente al Grupo Especial que establezca una prueba clara de *necesidad* con miras a la adecuada aplicación por los Miembros del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

[4] Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 133.

[5] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*; informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*; informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*.

IV. LA JUSTIFICACIÓN DE UNA MEDIDA AL AMPARO DEL APARTADO B) DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

12. Indonesia afirma que la prohibición establecida en la norma especial no es justificable al amparo de la excepción prevista en el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, porque no es necesaria para proteger a los jóvenes contra el hábito de fumar. Los Estados Unidos sostienen, por el contrario, que es aplicable la excepción prevista en ese apartado.

13. En *Estados Unidos - Gasolina*[6], el Grupo Especial declaró que para justificar la aplicación del apartado b) del artículo XX, el análisis requería que se acreditaran tres elementos: i) "que la política a que respondían las medidas respecto de las que se alegaba la disposición estaban incluidas en el grupo de las políticas destinadas a proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o a preservar los vegetales"; ii) "que las medidas incompatibles respecto de las que se alegaba la excepción eran *necesarias* para alcanzar el objetivo de esa política"; y iii) "que las medidas se aplicaban de conformidad con las prescripciones de la cláusula de introducción del artículo XX".

14. En lo que respecta al primero de esos elementos, el Grupo Especial que examinó el asunto *Tailandia - Cigarrillos*[7] admitió que "el hábito de fumar representaba un riesgo grave para la salud humana y que, en consecuencia, las medidas destinadas a reducir el consumo de cigarrillos estaban incluidas en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX". En consecuencia, como reconoce Indonesia, no hay duda de que la norma especial *pertenece a la categoría de las medidas destinadas a proteger la salud humana.*

15. Con respecto al requisito de *necesidad,* el Grupo Especial que examinó el asunto *Tailandia - Cigarrillos*[8] llegó a la conclusión de que una medida sólo es *necesaria* cuando i) no exista otra medida alternativa compatible con el GATT o menos incompatible con él y ii) se prevea razonablemente que los Miembros pueden recurrir a medidas del tipo de la adoptada para alcanzar el objetivo de salud pública perseguido. Según declaró el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Amianto*[9], una medida se considerará necesaria en el sentido del apartado b) del artículo XX del GATT si no hay razonablemente al alcance del Miembro que la aplica otras medidas alternativas compatibles con el GATT. En ese asunto, el Órgano de Apelación aclaró además que la medida alternativa debía ser *menos restrictiva para el comercio* que la medida en litigio.

16. Por consiguiente, Colombia considera que la cuestión que ha de resolver el Grupo Especial es si hay o no una medida alternativa que: i) permita alcanzar el mismo objetivo de política, en concreto prevenir el consumo de cigarrillos por menores de edad y ii) entrañe un grado menor de restricción del comercio que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor adoptada.

17. En caso de constatar que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor impuesta por los Estados Unidos está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, el Grupo Especial debe realizar además un análisis de las restricciones establecidas en la introducción del artículo XX del GATT de 1994.[10, 11]

18. En *Estados Unidos - Gasolina*, el Órgano de Apelación declaró que, al interpretar la introducción al artículo XX, "la cuestión fundamental ha de hallarse en el propósito y objeto de evitar el abuso o el uso ilícito de las excepciones a las normas sustantivas, que se prevén en el

---

[6] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafo 6.20
[7] Informe del Grupo Especial del GATT, *Tailandia - Cigarrillos*, párrafo 73.
[8] *Ibid*., párrafo 75.
[9] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 172.
[10] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 157. En *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia).*
[11] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, páginas 25-27.

artículo XX".[12] Dicho de otra forma, la tarea del Grupo Especial a este respecto consiste en ubicar y establecer una línea de equilibrio entre el derecho de los Estados Unidos a invocar la excepción y los derechos de Indonesia.

19. Por consiguiente, la cuestión pertinente para el Grupo Especial es determinar si hay un trato discriminatorio de las importaciones procedentes de Indonesia y si ese trato, en aplicación de la medida estadounidense, constituye una discriminación "injustificable" o "arbitraria" entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones.[13] Basándose en algunos asuntos sustanciados en la OMC[14, 15], Colombia hace hincapié en que el criterio no consiste en si la discriminación se considera o no "justificada", sino en si es o no *justificable* en el sentido de *defendible* o de que *puede demostrarse que es razonable y justa*.

20. Según la introducción del artículo XX, la medida justificada provisionalmente al amparo, por ejemplo, del apartado b) de ese artículo, además de no constituir un "medio de discriminación arbitrario o injustificable", no ha de aplicarse en forma que constituya una "restricción encubierta al comercio internacional". Colombia señala que la introducción no se refiere al contenido de la medida, sino más bien a la manera en que la medida se aplica[16], lo que implica que lo importante no es si la medida estadounidense tiene un efecto restrictivo del comercio, sino en si se aplica en forma que constituya una restricción encubierta al comercio internacional.

21. En síntesis, Colombia sostiene que esta prohibición de la "restricción encubierta" de la introducción responde en realidad, en palabras del Órgano de Apelación[17], al propósito de "evitar el abuso o el uso ilícito de las excepciones".[18]

V. OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS EN RELACIÓN CON EL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 12 DEL ACUERDO OTC

22. Indonesia sostiene que la norma especial es contraria a las obligaciones que incumben a los Estados Unidos en virtud del artículo 12 del Acuerdo OTC, puesto que en ella no se han tenido debidamente en cuenta las condiciones especiales de Indonesia como país en desarrollo. Por su parte, los Estados Unidos sostienen que Indonesia no ha satisfecho la carga de probar la incompatibilidad de la medida con el párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC.

23. A este respecto, Colombia considera que el párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC debe interpretarse a la luz de las disposiciones del párrafo 2 de dicho artículo.[19] Además, a juicio de Colombia parece claro que, a pesar de la regla general sobre la carga de la prueba establecida en el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*[20], en el que se declaró que la parte que alega un hecho, sea el demandante o el demandado, debe aportar la prueba correspondiente, cuando una parte

[12] Informe de Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 29.

[13] Como declaró el Grupo Especial en *CE - Amianto*, "si se establece que la aplicación de la medida es discriminatoria, quedará por ver todavía si es arbitraria y/o injustificada entre países en que prevalezcan las mismas condiciones". Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafo 8.226.

[14] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafo 5.124.

[15] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 225.

[16] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 26 (no se reproduce la nota de pie de página).

[17] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 27.

[18] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 27.

[19] Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.47 (77).

[20] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.

aporta pruebas que establecen una presunción convincente de que lo alegado es cierto la carga se desplaza a la otra parte.

24. Colombia considera que el Grupo Especial debe evaluar si Indonesia ha establecido una presunción convincente de incumplimiento por parte de los Estados Unidos de las obligaciones que les impone el artículo 12 del Acuerdo OTC. Si el Grupo Especial puede constatar que Indonesia ha establecido una presunción convincente de infracción del artículo 12, puede considerarse que la carga de la prueba se ha desplazado a los Estados Unidos. A pesar de lo indicado, Colombia considera también pertinente tener presente que las obligaciones de los Estados Miembros en virtud del párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC sólo son verificables con información al alcance del Miembro obligado a cumplir esa disposición.

25. Por último, Colombia solicita respetuosamente al Grupo Especial que complete la norma relativa al alcance del trato especial y diferenciado con arreglo al Acuerdo OTC.

26. Señor Presidente, ilustres miembros del Grupo Especial: Colombia espera contribuir al debate jurídico de las partes en el presente asunto y desea reiterar su agradecimiento por la oportunidad de exponer sus puntos de vista en relación con la aplicación de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 y de los párrafos 1 y 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC, así como del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Les agradecemos su amable atención y quedamos a su disposición para responder a cualquier pregunta que deseen formularnos.

ANEXO B-4

RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN EN CALIDAD DE TERCERO Y DE LA DECLARACIÓN ORAL DE LA UNIÓN EUROPEA

I. LA EXPRESIÓN "PRODUCTOS SIMILARES" DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

1. Hay discrepancia entre las partes acerca de si es preciso interpretar la expresión "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC del mismo modo que se ha interpretado esa expresión en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 o si hay entre ambas importantes diferencias de texto y de contexto.

2. A juicio de la Unión Europea, existen varias razones para entender que puede ser procedente atender, al interpretar y aplicar la expresión "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, a la forma en que se ha interpretado y aplicado la expresión "productos similares" del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.[1] Los términos empleados en uno y otro tratado son evidentemente los mismos. Además, el GATT de 1994 y el Acuerdo OTC constituyen cada uno de ellos un contexto pertinente para la interpretación del otro. Por último, el segundo considerando del Acuerdo OTC se refiere al deseo de promover la realización de los objetivos del GATT de 1994. No obstante, a juicio de la Unión Europea, una diferencia contextual que puede ser pertinente consiste en que, en tanto que la incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 puede estar justificada en virtud de su artículo XX, la aplicabilidad de ese artículo a las alegaciones formuladas fuera del marco del GATT de 1994, incluidas las formuladas en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, sigue siendo dudosa. En caso de que se constatara que el artículo XX no es aplicable fuera del marco del GATT de 1994, la obligación de trato nacional impuesta por el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC podría ser más rigurosa que la impuesta por el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Una forma de atenuar esa discrepancia podría consistir en interpretar de forma más restrictiva la expresión "productos similares" en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

II. EL CONCEPTO DE "TRATO MENOS FAVORABLE *DE FACTO*" CON ARREGLO AL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC Y AL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994

3. En relación con las alegaciones de Indonesia de existencia de un "trato menos favorable *de facto*" con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, la Unión Europea señala que el Órgano de Apelación no ha aclarado aún plenamente este concepto jurídico. En ausencia de una orientación clara, los grupos especiales no deben dar a la ligera por sentado que toda medida interna que pueda tener repercusiones en el volumen de productos importados de otros Miembros de la OMC otorga necesariamente un "trato menos favorable *de facto*" a esos productos importados.[2] Las diferencias de reglamentación entre los Miembros, que ni el GATT de 1994 ni el Acuerdo OTC pretenden eliminar, pueden alterar las corrientes comerciales existentes, pero ello no significa necesariamente que se dé un trato menos favorable a las importaciones, y los grupos especiales deben evaluar si ese efecto perjudicial para un determinado producto importado es fruto de factores o circunstancias que no tienen relación con el origen extranjero del producto.[3] Por consiguiente, el hecho de que las exportaciones indonesias de

[1] Véase, informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 101-103.
[2] Véase, informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 96.
[3] Véase, informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.2514.

cigarrillos de clavo de olor a los Estados Unidos cesaran a raíz de la entrada en vigor de la medida estadounidense no basta, por sí solo, para demostrar la existencia de un trato menos favorable *de facto*. El Grupo Especial debe atender a otros factores, como el grado en que se producían en los Estados Unidos los cigarrillos aromatizados prohibidos en el momento en que se puso en vigor la medida estadounidense o la posibilidad de que el trato diferente dado a los cigarrillos aromatizados, incluidos los de clavo de olor, de un lado, y a los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados, de otro, se explique por razones distintas de la protección de la industria estadounidense de fabricación de cigarrillos.

III. PERTINENCIA DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994 A LA INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

4. Las partes y algunos terceros han expuesto opiniones divergentes acerca de si la jurisprudencia relativa al artículo XX del GATT de 1994 informa o no la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

5. En primer lugar, a juicio de la Unión Europea, la pertinencia del GATT de 1994 a la interpretación del Acuerdo OTC se desprende del segundo considerando del Preámbulo, que se refiere al deseo de promover la realización de los objetivos del GATT de 1994.

6. En segundo lugar, sería contrario al texto y a la finalidad del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC pasar por alto su similitud con el texto y la finalidad del artículo XX del GATT de 1994. La profunda similitud entre la formulación del artículo XX del GATT de 1994 y su apartado b), de un lado, y la del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el Preámbulo de dicho acuerdo, de otro, parece indicar un elevado grado de correspondencia entre el sentido que se ha pretendido dar a una y otra norma. Es evidente que, al elaborar el texto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, sus redactores tuvieron presente el artículo XX del GATT de 1994. Además, ambas disposiciones parecen responder a una finalidad similar. Una y otra disposición permiten a los Miembros de la OMC mantener medidas que restringen el comercio (ya se trate de reglamentos técnicos o de otras medidas que se consideran incompatibles con el GATT), siempre que esas medidas i) persigan un objetivo legítimo, ii) sean necesarias para alcanzar o proteger ese objetivo y iii) no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzarlo o protegerlo o, dicho de otro modo, siempre que no haya al alcance otras posibles medidas menos restrictivas del comercio y que puedan hacer una contribución equivalente al logro del objetivo perseguido. En lo que se refiere a este último aspecto, ambas disposiciones tratan de asegurar que la medida adoptada sea *proporcionada* al objetivo que se trata de alcanzar. El Órgano de Apelación ha declarado que debido a la "redacción similar" que utilizan y a la "finalidad similar" que persiguen ambas disposiciones, puede considerarse que la jurisprudencia relativa a una de ellas es útil y pertinente para interpretar la otra.[4]

7. La Unión Europea no entiende la relevancia de la diferencia "funcional" entre las dos disposiciones -el artículo XX del GATT de 1994 constituye una excepción y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC una prohibición- para determinar si la jurisprudencia relativa al artículo XX del GATT de 1994 es o no pertinente. Esa diferencia afecta a la atribución de la carga de la prueba a una u otra parte, pero no al sentido de los términos de la disposición.[5]

8. Desde el punto de vista sistémico, la Unión Europea considera importante que los Acuerdos abarcados se interpreten de forma cuidadosa y coherente, teniendo debidamente en cuenta todas las disposiciones conexas, para garantizar la armonía entre los Acuerdos, así como los derechos y obligaciones establecidos en ellos. Por ejemplo, a efectos de demostrar la necesidad de una medida adoptada para alcanzar un objetivo legítimo. El criterio no debe ser más o menos estricto según se

[4] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 291; véase también, informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 231.

[5] Véase, informe del Órgano de Apelación, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafo 98.

trate de reglamentos técnicos o de otras medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del GATT de 1994.

9. En consecuencia, resulta procedente buscar orientación, al analizar el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, en el razonamiento ampliamente aceptado que se ha elaborado en relación con el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

IV. CONSIDERACIONES ADICIONALES EN RELACIÓN CON EL CRITERIO JURÍDICO DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

10. Corresponde a Indonesia, como parte que invoca el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la carga de establecer una presunción *prima facie*, aportando pruebas y argumentos suficientes para demostrar la incompatibilidad de la medida con cada uno de los elementos de la disposición.[6] La posición de la Unión Europea, conforme a la cual la jurisprudencia relativa al artículo XX del GATT de 1994 es pertinente a un análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC afecta a determinados aspectos del criterio jurídico que ha de aplicarse.

11. En primer lugar, en lo que respecta al objetivo legítimo perseguido con la medida, la Unión Europea considera que los grupos especiales deben actuar con moderación al analizar la cuestión de si el objetivo es o no efectivamente el declarado por la parte demandada y si se trata de un objetivo legítimo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. No consideramos necesario ocuparnos del margen reglamentario disponible de conformidad con el Acuerdo OTC, y a efectos de la resolución de la presente diferencia parece claro que el objetivo de proteger la salud pública es un objetivo legítimo, independientemente de cuál sea el nivel apropiado de protección que se haya fijado concretamente.

12. El segundo y más importante aspecto que los grupos especiales han de determinar es si la medida restringe o no el comercio "más de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo". A fin de que el grupo especial examine esta cuestión, el reclamante tendrá fundamentalmente que aportar pruebas y argumentos suficientes para demostrar que hay otras medidas menos restrictivas del comercio que están razonablemente al alcance del demandado y que permiten también alcanzar el objetivo legítimo. Si consigue demostrarlo, el grupo especial llegará a la conclusión de que la medida en litigio restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo y constituye por lo tanto un obstáculo innecesario al comercio. Este análisis es muy similar, si no idéntico, en sus diversas dimensiones, al "análisis de la necesidad" en el marco del artículo XX.

13. Para confirmar esta interpretación, es conveniente analizar el criterio establecido por el Órgano de Apelación en *Australia - Salmón* en relación con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, en el que los Estados Unidos pretenden basarse en la presente diferencia. Aunque no cabe duda de que el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF cumple, en relación con el funcionamiento de Acuerdo, una función similar a la que cumple el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la Unión Europea no está segura de que por esa sola razón haya de atribuírsele un peso excesivo.

14. A este respecto, la Unión Europea desea destacar, en primer lugar, que el objetivo legítimo pertinente que se pretende proteger con las medidas sanitarias y fitosanitarias (protección de la salud humana) reviste gran importancia para los Miembros de la OMC. Por ello, la autoridad reglamentadora es acreedora a un grado mayor de deferencia, y la carga impuesta a los reclamantes que impugnan medidas de esa naturaleza es rigurosa, como ponen de manifiesto los términos más concretos y exigentes del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF en comparación con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Con ello llegamos a nuestra segunda observación: el texto utilizado en una y otra disposición es muy diferente, y la formulación concreta en que se basó el razonamiento

[6] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafos 138-140.

seguido en el asunto *Australia - Salmón*, que figura en el Acuerdo MSF, no está presente en el asunto que ahora examinamos. El párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF impone, por la forma en que está redactado, una carga considerablemente mayor a los reclamantes. En concreto, en lo que respecta al análisis de otras medidas posibles, en la nota de pie de página que aclara la disposición se afirma que sólo se considerarán razonablemente disponibles las medidas que sean "significativamente menos restrictivas del comercio", teniendo en cuenta "su viabilidad técnica y económica".

15. En cambio, el párrafo 2 de artículo 2 del Acuerdo OTC se limita a declarar que los reglamentos técnicos no deben tener por objeto o efecto "crear obstáculos innecesarios al comercio internacional" y que "no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo". La redacción de este párrafo es muy similar a la que se encuentra -y ya ha sido objeto de interpretación- en el artículo XX del GATT de 1994. Habida cuenta de las diferencias señaladas, la Unión Europea no considera apropiado trasladar el criterio establecido en *Australia - Salmón* al presente caso para resolver la cuestión interpretativa que se plantea en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

ANEXO B-5

DECLARACIÓN ORAL DE GUATEMALA EN LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA

1. Al saludar al Presidente, los miembros del Grupo Especial, las delegaciones de las partes y de los terceros y el personal de la Secretaría de la OMC, deseo expresar, en nombre de la delegación de Guatemala, nuestro agradecimiento por esta oportunidad de exponer nuestras opiniones sobre las cuestiones que se debaten.

2. El interés que tiene Guatemala en este asunto es un interés sistémico en relación con la interpretación jurídica de diversas disposiciones del Acuerdo OTC y del GATT de 1994.

3. Por ello, Guatemala no expondrá ninguna opinión con respecto al supuesto objetivo legítimo de los Estados Unidos ni a los intereses comerciales de Indonesia que han dado lugar a la presente diferencia.

4. En particular, no formulará observaciones acerca de si conviene o no prohibir los cigarrillos con un aroma característico para reducir el número de fumadores jóvenes.

5. En lugar de ello, Guatemala desea exponer su opinión con respecto a la definición de "productos similares" y a la relación entre el Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994.

6. Una vez dicho esto, Guatemala observa que la medida en litigio prohíbe la producción y venta de los cigarrillos calificados de "aromatizados", con excepción de los mentolados. El supuesto objetivo legítimo de la medida, según los Estados Unidos, es la protección de la salud pública mediante la prohibición de productos que se utilizan como cigarrillos "de iniciación" o "de habituación" de los jóvenes fumadores.[1]

7. Además, los Estados Unidos sostienen que hay pruebas de que los cigarrillos aromatizados -con excepción de los mentolados- son fumados por una proporción muchísimo mayor de fumadores jóvenes primerizos (menores de edad y adultos jóvenes) que de fumadores adultos de mayor edad y ya adictos al tabaco.[2]

8. Indonesia manifiesta que se opone a esa medida porque impone una prohibición total de los cigarrillos de clavo de olor, en tanto que se establecen escasas restricciones, o no se establece ninguna restricción, con respecto a los cigarrillos normales y a los cigarrillos mentolados. Los argumentos expuestos por Indonesia se refieren a todos los cigarrillos producidos en los Estados Unidos, y especialmente a los cigarrillos mentolados. A juicio de Indonesia, los cigarrillos de tabaco normales, los cigarrillos mentolados y los cigarrillos de clavo de olor son todos ellos productos similares.[3]

9. Los Estados Unidos aducen, por el contrario, que los cigarrillos normales y los cigarrillos mentolados son diferentes de los cigarrillos de clavo de olor porque tienen diferente composición física y distintos usos finales, y responden a gustos y hábitos diferentes de los consumidores.[4]

10. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es una "norma de no discriminación". Obliga a los Miembros a asegurarse de que "con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país".

---

[1] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 1-3.
[2] Resumen de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 23.
[3] Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 6.
[4] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 154-189.

11. El Órgano de Apelación declaró en *Japón - Bebidas alcohólicas II*, que el "[e]l concepto de 'similaridad' es relativo y evoca la imagen de un acordeón. El acordeón de 'similaridad' se extiende y se contrae en diferentes lugares a medida que se aplican las distintas disposiciones de *Acuerdo sobre la OMC*. La anchura del acordeón en cualquiera de esos lugares debe determinarse mediante la disposición concreta en la que se encuentra el término 'similar', así como por el contexto y las circunstancias existentes en cualquier caso dado al que sea aplicable la disposición".[5]

12. A la luz de lo que antecede, Guatemala opina que los grupos especiales, al analizar el concepto de "similitud" deben también tener en cuenta "el contexto y las circunstancias existentes en cualquier caso dado al que sea aplicable la disposición".

13. En la presente diferencia, el Grupo Especial, a juicio de Guatemala, debe poner en relación el concepto de "similitud" con el *contexto* de un reglamento técnico, y especialmente con las *circunstancias* del reglamento técnico de que se trata.

14. Guatemala entiende que los Estados Unidos prohíben, mediante un reglamento técnico, determinados tipos de cigarrillos porque se utilizan como cigarrillos "de iniciación" o "de habituación" de los fumadores jóvenes. Por consiguiente, considera que el Grupo Especial, al examinar el concepto de "similitud" en la presente diferencia, debe analizar también si otros cigarrillos excluidos de la prohibición podrían ser utilizados como cigarrillos "de iniciación" o "de habituación" de los fumadores jóvenes. En particular, el Grupo Especial tal vez desee analizar si los cigarrillos aromatizados del único tipo excluido de la prohibición podrían en último término ocupar el lugar de todos los demás cigarrillos aromatizados prohibidos y ser utilizados como cigarrillos "de iniciación" o "de habituación" de los fumadores jóvenes.

15. En la opinión de Guatemala, ese análisis sería coherente con: i) el contexto del Acuerdo OTC (no discriminación y obligación de que los reglamentos técnicos no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo) y ii) las circunstancias específicas del presente caso (búsqueda de los objetivos legítimos libremente elegidos por los Estados Unidos).

16. Permítanme ahora que les haga llegar las observaciones de Guatemala acerca de la relación entre el Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994.

17. El Preámbulo del Acuerdo OTC reconoce que "no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias para asegurar la calidad de sus exportaciones, o para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medio ambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados, a condición de que no las aplique en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conforme a las disposiciones del presente Acuerdo".

18. El artículo 2 del Acuerdo OTC establece además ciertas obligaciones en relación con la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos, como la de no discriminación (párrafo 1); la de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional (párrafo 2); la de que los reglamentos técnicos no se mantengan si las circunstancias u objetivos que dieron lugar a su adopción ya no existen o pueden atenderse de una manera menos restrictiva del comercio (párrafo 3); etc.

19. De otro lado, la introducción del artículo XX del GATT de 1994 exige que una medida justificada en virtud de algunos de los apartados de esa disposición no se aplique "en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan

[5] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas Alcohólicas II*, página 23.

las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional". Esa formulación es similar a la utilizada en el Preámbulo del Acuerdo OTC, aunque el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC establece una obligación incondicional de no discriminación.

20. Teniendo en cuenta lo que antecede, no resulta claro cuándo podría aplicarse el artículo XX del GATT de 1994 para justificar una excepción a la aplicación del Acuerdo OTC con respecto a un reglamento técnico. Guatemala opina que el Acuerdo OTC contiene normas específicas en relación con la adopción de obstáculos comerciales y prevé pruebas de necesidad específicas. A su juicio, la única posibilidad previsible en este momento sería la aplicación del artículo XX del GATT de 1994 para justificar una excepción al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, es decir, una discriminación entre países en los que prevalezcan las mismas condiciones, naturalmente en caso de que esa discriminación no sea arbitraria o injustificable.

21. Con lo anteriormente dicho Guatemala no pretende excluir los reglamentos técnicos del ámbito de aplicación del artículo XX del GATT de 1994, ni prejuzgar, en general, el alcance de su aplicabilidad a ese respecto. Intenta simplemente señalar a la atención de los presentes las dificultades que la aplicación de una excepción en virtud del artículo XX con respecto a un reglamento técnico generaría. Guatemala sugiere que en caso de que el Grupo Especial decida que el apartado b) del artículo XX es aplicable a los hechos que concurren en la presente diferencia, interprete esa disposición restrictivamente.

22. Deseamos al Presidente y a los miembros del Grupo Especial que culminen con éxito su tarea.

ANEXO B-6

DECLARACIÓN ORAL DE MÉXICO EN LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA[*]

I. INTRODUCCIÓN

1. En nombre de la delegación mexicana, es un privilegio para mí estar hoy antes ustedes para presentar los puntos de vista de México sobre esta controversia.

2. México manifestó su intención de participar en calidad de tercera parte en el presente procedimiento debido a que en él se plantean importantes cuestiones sistémicas relacionadas con la interpretación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y ciertas disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT 1994). Esta controversia representa también especial interés para México ya que actualmente México participa como reclamante en dos procedimientos ante la OMC en donde la interpretación de estas mismas disposiciones están siendo analizadas, particularmente el artículo III.4 del GATT, artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. Por lo anterior, México agradece la oportunidad de expresar sus puntos de vista sobre algunas cuestiones de este procedimiento.

3. Reconocemos que las reglas de la Organización Mundial del Comercio no prohíben a sus Miembros adoptar medidas necesarias para proteger la vida y la salud humana, siempre y cuando no constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta al comercio internacional. Asimismo, dichas reglas permiten establecer reglamentos técnicos en tanto no constituyan un obstáculo innecesario al comercio internacional.

4. En esta declaración oral, México abordará tres temas importantes en esta controversia: i) el análisis de similitud de producto para los argumentos de discriminación bajo los artículos III.4 del GATT y 2.1 del Acuerdo OTC; ii) el trato menos favorable para efectos de dichos artículos; y iii) algunas cuestiones relacionadas con el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.

II. ANÁLISIS

A. DISCRIMINACIÓN BAJO LOS ARTÍCULOS III.4 DEL GATT 1994 Y 2.1 DEL ACUERDO OTC

1. Similitud de productos

5. Las disposiciones del artículo III.4 del GATT y del artículo 2.1 del Acuerdo OTC prohíben a los Miembros de la OMC establecer medidas que otorguen a los productos importados de cualquier Miembro un trato menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional.

6. En relación con el análisis sobre si los productos importados y los nacionales son "productos similares" en términos de dichas disposiciones, México considera que dicho análisis debe de hacerse sobre una base caso por caso[1] y atendiendo a las circunstancias particulares de cada controversia.

7. Los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación se han basado principalmente en cuatro criterios para efectos de analizar la cuestión de la "similitud" entre los productos, y así crear un margen para facilitar la clasificación y examinación de sus elementos y características, sin que esto

[*] Esta declaración fue formulada inicialmente en español.
[1] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 24.

implique dejar a un lado, otros o *todos* los elementos de prueba pertinentes. Estos cuatro criterios comprenden: i) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; ii) los usos finales de los productos; iii) los gustos y hábitos del consumidor -más ampliamente denominados percepciones y comportamiento del consumidor- con respecto a los productos, y iv) la clasificación arancelaria de los productos.[2]

8. En el caso concreto, aunque el Panel deberá de considerar los cuatro criterios, en la opinión de México, el Panel debe de analizar con especial cuidado tanto las propiedades, naturaleza y calidad de los productos, como las percepciones, gustos y hábitos sobre el producto por parte de los consumidores, debido a que éstos son los criterios en los que las partes presentan posturas encontradas.

9. Adicionalmente, el Órgano de Apelación en *CE - Asbestos* indicó que "... la palabra 'similares' empleada en el párrafo 4 del artículo III se aplica a los productos que se encuentran en tal relación de competencia." El Órgano de Apelación también concluyó que el alcance del artículo III.4 del GATT es más amplio que "... la *primera* frase del párrafo 2 del artículo III, ciertamente *no* es más amplio que el alcance *combinado*, en lo que se refiere a los productos, de las *dos* frases del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994".[3] Por ende, para delimitar si los dos productos son similares bajo el estándar legal del artículo III.4 del GATT, el Grupo Especial puede explorar si los productos en cuestión se encuentran en relación de competencia.

10. Al respecto, México no se encuentra convencido por el argumento de Estados Unidos de que los cigarrillos de clavo no son similares a los cigarrillos de mentol o a los cigarrillos regulares. México no logra comprender la diferencia que puede existir entre un cigarrillo regular y un cigarrillo de clavo o entre un cigarrillo mentolado y un cigarrillo de clavo, como argumenta Estados Unidos.

11. Es importante que la interpretación del Panel no permita la posibilidad de imponer medidas restrictivas a un producto que pudiese ser considerado como similar, distinguiéndolo de manera discriminatoria y favoreciendo a productos nacionales en detrimento de productos extranjeros.

2. Trato menos favorable

12. México considera que en caso de que el panel determine que los cigarrillos de clavo de Indonesia y los cigarrillos de mentol y regulares de origen nacional son similares, el hecho de que exista una prohibición para unos y no exista esa misma prohibición para los otros constituiría claramente un trato menos favorable para efectos del artículo 2.1 del Acuerdo OTC y del III.4 del GATT.

13. Asimismo, México no apoyaría el argumento de Estados Unidos de que la medida es neutral al origen debido a que prohíbe los sabores característicos tanto en los productos nacionales como en los productos importados, pues dicha prohibición afecta *de facto* sólo a las importaciones y no al producto nacional similar. Cuando una medida tiene un efecto en los cigarrillos importados (i.e. su prohibición), efecto que no tiene en los productos nacionales (los cuales quedan excluidos de la prohibición) por el tipo de tabaco que produce Estados Unidos, entonces nos encontraríamos ante la existencia de un trato menos favorable.

14. Por ejemplo, en el caso de *México - Impuestos sobre los refrescos*, el Panel encontró una discriminación *de facto*. En dicho caso, la medida de México consistía en un impuesto del 20 por ciento al uso de edulcorantes distintos del azúcar de caña (como jarabe de maíz con alta concentración

[2] Véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE - Amianto*, párrafo 101 (donde se cita el informe del Grupo de Trabajo del GATT sobre *ajustes fiscales en fronteras* y el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas II*).

[3] Véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE - Amianto*, párrafo 99.

de fructosa), un impuesto de distribución, así como determinados los requisitos de contabilidad. Se confirmó que se trataba de una discriminación en contra de las importaciones, ya que los edulcorantes producidos en México consistían en su mayoría en edulcorantes de la caña de azúcar, y por otra parte, las importaciones representaban casi en su totalidad edulcorantes de jarabe de maíz con alta concentración de fructosa. Por lo tanto, la aplicación de un impuesto por parte de México del 20 por ciento sobre los edulcorantes distintos de aquellos de azúcar de caña (distintos a su producción nacional), un impuesto de distribución, así como requisitos de contabilidad distintos, en la práctica imponía una medida para retirar a los importadores de edulcorantes del mercado mediante un impuesto mayor al que aplicaba a su producción nacional.[4]

15. La posible discriminación presente en este caso tiene características muy similares a la discriminación encontrada en el caso mencionado. Esto es, de acuerdo con los datos presentados por Indonesia, la producción de Estados Unidos de cigarrillos de sabor es insignificante y anteriormente a la prohibición de los cigarrillos de clavo, éstos eran principalmente importados de Indonesia[5], por lo que dicha prohibición ha causado una reducción de sus exportaciones a cero.[6]

16. México reconoce que pueden existir variantes en el comercio por determinadas medidas y factores que lo afectan. Sin embargo, en esta controversia el Panel deber tomar en cuenta las cifras proporcionadas por Indonesia en el sentido de que antes de la prohibición, el 99 por ciento de los cigarrillos de clavo comercializados en el mercado estadounidense provenían de dicho país, y la medida no ha afectado de igual forma a los cigarrillos producidos en Estados Unidos.

17. Conforme a lo anterior, una medida puede tener efectos adversos en el comercio, siempre y cuando no otorgue un trato menos favorable a los productos extranjeros en comparación con los productos similares nacionales.

B. OTROS ARGUMENTOS DEL ACUERDO OTC

1. Artículo 2.2 del Acuerdo OTC

18. México no comprende cómo una medida puede ir encaminada a proteger la salud de la juventud si, en caso de ser correctos los datos proporcionados por Indonesia, los cigarrillos consumidos en su mayoría por los jóvenes son los cigarrillos regulares y los mentolados, los cuales están excluidos de la prohibición.

19. Asimismo, no nos queda claro cómo la medida de Estados Unidos podría ser capaz de alcanzar el objetivo legítimo si la mayoría de los jóvenes fuma cigarrillos distintos a aquéllos contenidos en la prohibición.

20. Estados Unidos señala en su primera comunicación escrita que los cigarros de clavo son cigarros de vez en vez "*from time to time*"[7] y que los cigarrillos tradicionales son cigarrillos de consumo diario. Por lo tanto ¿no sería más peligroso para la salud de los jóvenes consumir cigarrillos de consumo diario (i.e. regulares y mentolados), que consumir de vez en vez otro tipo de cigarrillos (i.e. cigarrillos de clavo)?

21. Por otra parte, Indonesia ha logrado ubicar medidas alternativas menos restrictivas, las cuales México considera podrían alcanzar el objetivo señalado por los Estados Unidos.

---

[4] Véase el informe del Grupo Especial sobre el asunto *México - Impuestos sobre los refrescos*. El Grupo Especial analizó el impuesto sobre los refrescos y el impuesto sobre la distribución conforme al párrafo 2 y 4 del artículo III del GATT de 1994, y los requisitos de contabilidad conforme al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

[5] Véase la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 112.

[6] Véase la primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 29.

[7] Véase la primera comunicación escrita de Estados Unidos, párrafo 172.

III. CONCLUSIÓN

22. México espera que sus puntos de vista puedan ser útiles en la evaluación del Grupo Especial, para efectos de lograr una interpretación armoniosa de las disposiciones relevantes del Acuerdo OTC y del GATT, conforme a los objetivos de las mismas.

23. Asimismo, México solicita a este Grupo Especial que tome en cuenta lo establecido por los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en los casos citados.

24. Finalmente, México agradece su atención y está abierto a responder cualquier pregunta que el Grupo Especial desee formular.

ANEXO B-7

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

1. Noruega expondrá su opinión sobre: i) la interpretación de la expresión "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y ii) la existencia de una discriminación "de facto" con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

2. Noruega apoya el objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. No obstante, en el presente caso el debate no debe girar en torno a ese objetivo *en sí mismo*, ya que la diferencia se refiere al *medio* elegido por los Estados Unidos para alcanzarlo y en particular a si ese medio -y su diseño y efectos- se ajustan a las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del GATT y del Acuerdo OTC.

1. Los cuatro criterios generales de similitud son aplicables a la interpretación de la expresión "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

3. La Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia de 2009 ("la Ley"), en su "norma especial para los cigarrillos" prohíbe determinados cigarrillos calificados de "aromatizados". El objetivo declarado de la Ley es la protección de la salud pública, entre otros medios, mediante la reducción del número de niños y adolescentes que fuman cigarrillos. No obstante, los Estados Unidos no han prohibido todos los cigarrillos aromatizados, sino que han excluido de la prohibición los cigarrillos mentolados, que se producen en los Estados Unidos y cuyo uso está al parecer bastante difundido en ese país entre los fumadores jóvenes y adultos.

4. No parece discutirse que la "norma especial para los cigarrillos" es un "reglamento técnico" abarcado por el Acuerdo OTC. Por consiguiente, la cuestión estriba en si la norma especial es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC por tener como consecuencia la concesión a los cigarrillos de clavo de olor importados de un trato menos favorable que el otorgado a los producto similares nacionales.

5. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone lo siguiente:

> "Los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país."[1]

6. La primera cuestión que se plantea en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es si los cigarrillos de clavo de olor procedentes de Indonesia son "similares" a los cigarrillos producidos en los Estados Unidos. Noruega considera que los criterios jurídicos establecidos en el artículo III, incluido su párrafo 4, son muy pertinentes para interpretar la expresión "productos similares" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7. Noruega recuerda en primer lugar que "el 'principio general' del artículo III procura impedir que los Miembros apliquen impuestos y reglamentos interiores de una manera que afecte a la relación de competencia, en el mercado, *entre los productos de origen nacional y los productos importados de que se trata*, 'de manera que se proteja la producción nacional'".[2] Dicho de otro modo, la obligación de trato nacional responde a la finalidad de que la reglamentación del gobierno no afecte a la elección

[1] Sin subrayar en el original.
[2] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 98. Las cursivas figuran en el original.

de los consumidores entre productos que compiten entre sí. A este respecto el Órgano de Apelación señaló también en la misma apelación que "la expresión 'productos similares' se refiere a las relaciones de competencia entre dos o más productos en el mercado".[3]

8. A juicio de Noruega, los cuatro criterios establecidos por el Grupo de Trabajo sobre *Ajustes fiscales en frontera*, que hizo suyos el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, proporcionan un marco útil para analizar la "similitud" de productos concretos en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y la relación de competencia entre los productos de que se trata es un importante factor que ha de tener en cuenta este Grupo Especial.

9. Noruega señala que al parecer los Estados Unidos no se oponen a la utilización de estos criterios para establecer la similitud, sino que aducen que un reglamento técnico -*aunque* casi por definición se aplica a productos o grupos de productos que son "similares"- debe considerarse que se aplica a productos distintos sobre la base de los "fines normativos" del reglamento. Noruega no está de acuerdo en este punto con los Estados Unidos. A su juicio, los "fines normativos" de un reglamento técnico están en relación con la justificación de la medida, y no "amplían ni restringen" el ámbito de la determinación del producto similar de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

10. Aunque no se pronuncia sobre los elementos de hecho de la diferencia, Noruega desea hacer algunas observaciones sobre la evaluación de los cuatro criterios de similitud por el Grupo Especial. En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación señaló que el alcance del término "similares" empleado en el párrafo 4 del artículo III es más amplio que el del término "similares" de su párrafo 2[4], y añadió que no obstante el párrafo 2 del artículo III no sólo abarca los productos similares, sino también los productos "directamente competidor[es] o que puede[n] sustituir[se] directamente", mientras que el párrafo 4 del artículo III sólo abarca los productos similares.[5] Aunque el Órgano de Apelación no se pronunció acerca de si el alcance de una y otra disposición en lo que a los productos se refiere era el mismo, señaló que su interpretación impedía que los Miembros utilizaran tanto la reglamentación fiscal como reglamentos de otra naturaleza para proteger los productos nacionales. A juicio de Noruega, el alcance del párrafo 1 del artículo 2 en cuanto a los productos debe ser similar al de los párrafos 2 y 4 del artículo III. Por consiguiente, el término "similares" debe interpretarse de forma parecida a como se ha interpretado en el párrafo 4 del artículo III.

11. A este respecto, Noruega señala que es un hecho generalmente admitido que los productos no tienen que ser idénticos para ser productos "similares" en el sentido del párrafo 4 del artículo III, del mismo modo que no necesitan ser idénticos para ser productos "directamente competidor[es] o que puede[n] sustituir[se] directamente" en el sentido del párrafo 2 del artículo III, sino que para determinar si los productos son "similares" es necesario evaluar en su conjunto las pruebas relativas a los distintos criterios de similitud.

12. En la presente diferencia, hay desacuerdo entre las partes en cuanto a si los cigarrillos de clavo de olor son o no "similares" a los cigarrillos nacionales. Por ejemplo, los Estados Unidos han destacado determinadas supuestas diferencias físicas entre los productos y sostienen que, dada la diferencia física entre ellos, la carga que incumbe a Indonesia es más rigurosa. A este respecto se remiten al asunto *CE - Amianto*, en el que el Órgano de Apelación constató la existencia de una "diferencia física *sumamente importante*" entre las fibras de que se trataba.[6]

13. Noruega considera que el Grupo Especial debe evaluar la naturaleza e importancia de las similitudes y las diferencias físicas entre los cigarrillos en litigio. A pesar de las diferencias físicas

[3] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 99 y 103.
[4] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99.
[5] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99.
[6] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 114.

puede haber entre los productos la relación de competencia necesaria para que estén abarcados por el artículo III.

2. La discriminación "de facto" con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

14. Corresponde a este Grupo Especial decidir, sobre la base de los criterios a que hemos hecho antes referencia, si los productos en litigio en la presente diferencia son o no productos similares. En caso afirmativo, habrá que determinar si se da a los cigarrillos indonesios de clavo de olor un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos (incluidos los cigarrillos mentolados) producidos en los Estados Unidos.

15. Preocupa a Noruega el criterio jurídico establecido por los Estados Unidos para evaluar el trato menos favorable. Según los Estados Unidos:

> "No puede considerarse que las medidas que no dan un trato diferente a los productos en función de su origen y cuyos efectos no son consecuencia del origen del producto sean medidas que protejan la producción nacional."

16. Los Estados Unidos parecen considerar que su medida es compatible con las normas de la OMC porque establece una distinción entre los cigarrillos en función de un criterio "objetivo" no basado en el origen. No obstante, en una diferencia en la que la medida de que se trata es neutral en sus términos, un grupo especial debe ir más allá de la aparente distinción objetiva para determinar si existe una discriminación *de facto* contra los productos importados.

17. Al evaluar si existe una discriminación *de facto*, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han examinado el diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida.[7] El Órgano de Apelación ha declarado también que "[e]s irrelevante que el proteccionismo no fuera un objetivo pretendido"; la cuestión es "cómo *se aplica* la medida".[8] En otras diferencias, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han constatado la existencia de discriminación *de facto* cuando los productos producidos en el país tendían a ser objeto de un trato más favorable que productos importados similares.[9]

18. Los Estados Unidos se remiten al asunto *Chile - Bebidas alcohólicas*. En esa diferencia, según el Órgano de Apelación, el examen del sistema chileno de tributación de las bebidas alcohólicas "tiende a revelar que la aplicación de" la medida protegía los productos nacionales similares.[10] Partiendo de esa base, el Órgano de Apelación examinó si había otros factores que pudieran explicar esta aparente discriminación *de facto* y constató que había cierta "anomalía" en la medida y que Chile no podía conciliar los objetivos declarados de ésta con su aplicación "con fines de protección".[11]

19. En el presente caso, las partes en la diferencia coinciden en que el reglamento técnico estadounidense no establece *de jure* una diferencia de trato entre los productos en función de la nacionalidad. Parecen estar de acuerdo también en que la medida prohíbe cigarrillos aromatizados que no se producían apenas en los Estados Unidos cuando se estableció la prohibición y permite cigarrillos aromatizados con mentol y con tabaco, producidos en gran cantidad en los Estados Unidos y de los que se importaban cantidades insignificantes. Según entiende Noruega, la prohibición no afectó a una gran proporción de los cigarrillos que se producían en el país en el momento en que se estableció, y afectó a una gran parte del comercio de Indonesia con los Estados Unidos.

---

[7] *Véase, por ejemplo,* informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 215.

[8] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 33.

[9] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Bebidas alcohólicas*, párrafos 51-53; *véase también, por ejemplo,* informe del Grupo Especial, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafos 8.119-8.121.

[10] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Bebidas alcohólicas*, párrafo 66.

[11] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Bebidas alcohólicas*, párrafo 71.

20. Esta disparidad de efectos es un importante factor que a juicio de Noruega el Grupo Especial debe tener en cuenta al examinar la cuestión de si la medida impugnada da o no lugar a una discriminación *de facto* con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

21. Los Estados Unidos parecen aducir que han prohibido *algunos* cigarrillos que atraen a los fumadores jóvenes, pero no *todos* ellos porque su prohibición tendría otros efectos desfavorables en la salud pública, en especial una alta demanda de asistencia como consecuencia del abandono del hábito de fumar y un aumento de las ventas en el mercado negro. En consecuencia, los Estados Unidos han prohibido los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados, pero no "*ninguno de los tipos de cigarrillos preferidos por una gran proporción de fumadores estadounidenses*", como los cigarrillos aromatizados con mentol y con tabaco. Este argumento resulta inquietante para Noruega. Según entiende Noruega, el consumo de *todos* los cigarrillos en cuestión parece presentar riesgos similares para la salud pública. Además, los cigarrillos aromatizados con mentol figuran entre los más difundidos entre los fumadores jóvenes, mucho más que los cigarrillos de clavo de olor, a pesar de lo cual han quedado excluidos de la prohibición.

22. Así pues, aunque a primera vista los Estados Unidos han adoptado una prohibición general de los cigarrillos aromatizados, han establecido en beneficio de los cigarrillos aromatizados con mentol y con tabaco excepciones que parecen debilitar la prohibición y sus objetivos. Con la prohibición y las excepciones, los Estados Unidos parecen haber elegido vencedores y vencidos entre los diferentes tipos de cigarrillos vendidos en el mercado estadounidense: se prohíben determinados cigarrillos para promover la salud pública y se permiten otros, que tienen mayor difusión, al parecer también para promover la salud pública.

23. Noruega considera que el Grupo Especial debe analizar cuidadosamente la "anomalía"[12] que se pone de manifiesto en el diseño, la estructura y el funcionamiento de una medida para determinar si la combinación de la prohibición general y las excepciones favorece a los productos nacionales en detrimento de los importados.

[12] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Bebidas alcohólicas*, párrafo 71.

ANEXO B-8

RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DE TURQUÍA EN CALIDAD DE TERCERO

I. INTRODUCCIÓN

1. Turquía agradece al Grupo Especial la oportunidad que se le ha dado de exponer sus opiniones en este procedimiento. Con el fin de contribuir al análisis del Grupo Especial, Turquía se ocupará de las tres cuestiones siguientes: i) si la medida en litigio es o no un reglamento técnico; ii) si la medida en litigio restringe o no el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo; y iii) si los cigarrillos normales, los cigarrillos mentolados y los cigarrillos de clavo de olor son productos similares.

II. LA CUESTIÓN DE SI LA MEDIDA EN LITIGIO ES O NO UN REGLAMENTO TÉCNICO

2. Según la definición que figura en el punto 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC y conforme a la interpretación del Órgano de Apelación[1], a) un reglamento técnico debe establecer "las características de un producto"; b) la observancia de las características de un producto establecidas en el reglamento ha de ser obligatoria y c) el reglamento ha de ser aplicable a un producto o un grupo de productos identificable.

3. En lo que respecta al primero de estos criterios, Turquía infiere del razonamiento del Órgano de Apelación en *CE - Amianto* que, aunque no puede considerarse que la simple prohibición de la importación de un producto constituya un reglamento técnico, la prohibición de utilizar un producto en otros puede corresponder perfectamente a la definición de reglamento técnico. El segundo criterio establecido en el Anexo 1 es que la observancia de las características del producto establecidas en el reglamento técnico ha de ser obligatoria, lo que significa que los reglamentos técnicos deben regular las "características" de los productos con carácter vinculante u obligatorio. Por último, conforme al último criterio recogido en el Anexo I del Acuerdo OTC, el reglamento ha de ser aplicable a un producto o grupo de productos concreto. Por consiguiente, cabe considerar que se cumple este tercer criterio cuando un reglamento es aplicable a un producto o grupo de productos determinable.

4. Habida cuenta de las recomendaciones anteriores, en caso de que decida que la "norma especial para los cigarrillos" del artículo 101 b) de la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia constituye un "reglamento técnico" en el sentido del Acuerdo OTC, el Grupo Especial debe evaluar en primer lugar la conformidad de la medida con las disposiciones de ese Acuerdo.[2]

III. LA CUESTIÓN DE SI LA MEDIDA EN LITIGIO RESTRINGE O NO EL COMERCIO MÁS DE LO NECESARIO PARA ALCANZAR UN OBJETIVO LEGÍTIMO

5. Indonesia ha alegado en su comunicación que el artículo 101 b) de la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia es incompatible, entre otras disposiciones, con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Además, aduce que la prohibición de la norma especial no puede justificarse al amparo del artículo XX del GATT.[3] Turquía considera que las "pruebas de

[1] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 67-69.

[2] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 204; informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafos 8.15-8.17; informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafos 7.14-7.19.

[3] Primera comunicación escrita de Indonesia, página 34.

necesidad" previstas en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y en el artículo XX del GATT, aunque no son idénticas, son bastante similares, como se explica más adelante.

6. Dentro del marco de la OMC, el Acuerdo OTC responde a la finalidad de garantizar que los reglamentos técnicos no constituyan obstáculos innecesarios al comercio internacional, sin perjuicio de reconocer el derecho de los Miembros a adoptar medidas reglamentarias para alcanzar sus objetivos legítimos. De otro lado, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC define las condiciones que un reglamento técnico debe reunir para responder a la finalidad del Acuerdo.

7. Según el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, no puede considerarse que un reglamento técnico sea una medida compatible con el Acuerdo OTC si crea obstáculos innecesarios al comercio internacional. El Acuerdo explica que pueden crearse obstáculos innecesarios al comercio cuando el reglamento sea más restrictivo de lo *necesario* para alcanzar determinado objetivo de política general, como los imperativos de la seguridad nacional, la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente, o cuando no responda a un objetivo legítimo.

8. Turquía considera que el examen de la compatibilidad que debe realizarse en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC es muy similar al que ha de realizarse en relación con el apartado b) y la cláusula de introducción del artículo XX.

9. Turquía desea subrayar que, como ha puesto de relieve el Órgano de Apelación, de conformidad con el párrafo 2 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC, todos los Acuerdos de la OMC deben interpretarse en su conjunto y en una forma que dé sentido armónicamente a todos ellos. Este enfoque no implica necesariamente que haya de darse a cada término el mismo sentido en todos los Acuerdos de la OMC, ni que todos los compromisos previstos en ellos lleven aparejado el mismo nivel de obligación.

10. Turquía señala que el Preámbulo del Acuerdo OTC tiene la misma redacción del artículo XX del GATT. A este respecto, considera que es preciso tener en cuenta ese Preámbulo al interpretar las obligaciones establecidas en el Acuerdo OTC, en general, y en el párrafo 2 de su artículo 2, en particular. La interpretación de esas normas debe realizarse en armonía con la interpretación de la introducción del artículo XX del GATT.

11. Turquía destaca asimismo que la redacción del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC es similar a la del apartado b) del artículo XX del GATT.

12. A juicio de Turquía, uno de los requisitos que es preciso evaluar al determinar si la medida está en conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC es el de que ésta sea necesaria para alcanzar algunos de los objetivos legítimos mencionados en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

13. Turquía considera que la "prueba de necesidad" elaborada en relación con el artículo XX del GATT por el Órgano de Apelación y otros grupos especiales anteriores arroja luz sobre la evaluación de la "prueba de necesidad" prevista en el párrafo 2 del artículo 2, y estima, en consecuencia, que la última incluye el examen de la efectividad de la medida para alcanzar el objetivo declarado, el grado de restricción del comercio que entraña y la existencia de alternativas razonablemente disponibles que sean menos restrictivas del comercio. Si hay alternativas compatibles con el Acuerdo OTC o menos restrictivas del comercio, la medida en litigio no estará en conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

14. Por otra parte, un reglamento no puede alcanzar su objetivo legítimo si las restricciones establecidas en él no se aplican a productos similares que tienen el mismo efecto. El objetivo declarado de la medida impugnada es "hacer frente al problema concreto del hábito de fumar entre los

jóvenes".[4] A juicio de Turquía, para alcanzar ese objetivo sería necesario que todos los productos similares que atraen a los fumadores menores de edad estuvieran comprendidos en el ámbito de aplicación de la medida impugnada. A este respecto, la decisión del Grupo Especial acerca de si debe o no considerarse que los cigarrillos ordinarios, los cigarrillos aromatizados con mentol y los cigarrillos de clavo de olor son productos similares tendrá importantes consecuencias para la determinación de la conformidad de la medida en litigio con las obligaciones establecidas en el marco de la OMC.

IV. SIMILITUD DE LOS PRODUCTOS

15. Tanto el Acuerdo OTC como el GATT de 1994 obligan a los Miembros de la OMC a dar a los productos importados "un trato no menos favorable que el otorgado a *productos similares* de origen nacional". Por consiguiente, a juicio de Turquía, de conformidad tanto con el Acuerdo OTC como con el GATT, para determinar si se ha aplicado a los cigarrillos de clavo de olor procedentes de Indonesia un trato "menos favorable", el Grupo Especial ha de decidir si los cigarrillos aromatizados de clavo de olor, de un lado, y los cigarrillos ordinarios y aromatizados con mentol, de otro, son productos similares en el marco de la presente diferencia.

16. En consecuencia, al determinar si esos dos productos son productos similares deben tenerse en cuenta los cuatro criterios siguientes: i) sus características físicas, ii) sus usos finales, iii) la percepción de los productos por los consumidores y, por último, iv) la clasificación arancelaria de los productos.

17. Además, Turquía desea señalar a la atención del Grupo Especial la observación que puso de relieve el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*. Según el Órgano de Apelación "aunque cada criterio se refiere, en principio, a un aspecto diferente de los productos de que se trata, que debe ser examinado por separado, los diferentes criterios están relacionados entre sí. Por ejemplo, las propiedades físicas de un producto conforman y limitan los usos finales a que puede destinarse. La percepciones de los consumidores pueden, de manera análoga, influir en los usos tradicionales de los productos, modificarlos, o incluso tornarlos anticuados."[5]

18. A juicio de Turquía, en la presente diferencia el Grupo Especial debe examinar cuidadosamente las percepciones de los consumidores (a los que la Ley intenta proteger), que pueden influir en las determinaciones que han de formularse en relación con los demás criterios. A este respecto, el Grupo Especial debe identificar: i) los consumidores de cada uno de los tipos de cigarrillos (normales, mentolados y de clavo de olor); ii) las preferencias en lo que respecta a los cigarrillos de los grupos de consumidores que son los destinatarios específicos de la Ley, en porcentajes, y iii) la forma en que las preferencias de los consumidores por uno u otro de los productos examinados afectan a la relación de competencia y si esas preferencias, y en especial las preferencias del grupo de consumidores destinatarios de la Ley, se desplazan a otros grupos de productos. El hecho de que el desplazamiento del consumo de unos productos a otros sea fácil, significa que el grado de competencia y de similitud entre los productos es elevado.

19. En caso de que el Grupo Especial determine que, a efectos de la presente diferencia, los cigarrillos ordinarios y/o aromatizados con mentol y los cigarrillos aromatizados con clavo de olor son productos similares, la medida impugnada infringiría la obligación de trato nacional establecida en el Acuerdo OTC y/o en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, dependiendo de los demás elementos de la obligación de trato nacional. No obstante, en este momento Turquía no hará observaciones sobre esos elementos de la obligación de trato nacional. Sin embargo, desearía recordar al Grupo Especial que debe examinar cuidadosamente los principales lugares de producción de cada uno de los tipos de cigarrillos, es decir si se trata de cigarrillos producidos en el país o

[4] Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 6.
[5] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 102.

importados. Como señaló el Órgano de Apelación en *Japón - Bebidas alcohólicas II* con respecto al párrafo 1 del artículo III del GATT, que formula el principio general de que no deberían aplicarse medidas interiores de manera que se proteja la producción nacional, este principio general informa la aplicación de la obligación de trato nacional.[6]

V. CONCLUSIÓN

20. Turquía agradece la oportunidad que se le ha dado de exponer sus opiniones al Grupo Especial y le pide que al interpretar el Acuerdo OTC y el GATT tenga en cuenta las observaciones formuladas en esta comunicación.

[6] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 22.

ANEXO C

RESÚMENES DE LAS SEGUNDAS COMUNICACIONES ESCRITAS DE LAS PARTES

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de la segunda comunicación escrita de Indonesia	C-2
Anexo C-2	Resumen de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos	C-14

ANEXO C-1

RESUMEN DE LA SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE INDONESIA

I. INTRODUCCIÓN

1. Indonesia reconoce que las normas de la OMC dejan a los Miembros un cierto margen de discrecionalidad para establecer sus regímenes reglamentarios, especialmente en la esfera de la protección de la salud pública. Anteriores grupos especiales y el Órgano de Apelación han constatado que determinadas medidas que restringen el comercio, pero son necesarias para proteger la salud humana, son compatibles con los compromisos contraídos en el marco de la OMC. No obstante, las normas de la OMC establecen también claramente que la discrecionalidad de los Miembros no es ilimitada y que éstos deben cumplir ciertos requisitos al adoptar medidas que restringen el comercio. En el presente caso ni los testimonios científicos ni los datos sobre el hábito de fumar justifican que se prohíban los cigarrillos de clavo de olor pero no los cigarrillos aromatizados con mentol y los cigarrillos aromatizados con tabaco. Por consiguiente, el artículo 907(a)(1)(A) de la Ley Federal de Productos Alimenticios, Medicamentos y Cosméticos, modificado por la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia de 2009 ("Ley de control del tabaco") (en adelante, la "norma especial") es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Además, las pruebas ponen de manifiesto que la norma especial restringe el comercio más de lo necesario, con infracción del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Por último, al adoptar la norma especial, los Estados Unidos incumplieron otras disposiciones del Acuerdo OTC, con la consiguiente infracción de los párrafos 5, 8, 9 y 12 del artículo 2 y del párrafo 3 del artículo 12.

II. ELEMENTOS DE HECHO

A. LOS CIGARRILLOS DE CLAVO DE OLOR NO ATRAEN FUNDAMENTALMENTE A LOS JÓVENES

2. Los Estados Unidos han alegado que los cigarrillos aromatizados, incluidos los de clavo de olor, se prohibieron porque "atraen fundamentalmente a los jóvenes". Al analizar los resultados de las diversas encuestas aportadas por Indonesia y los Estados Unidos, el Grupo Especial debe examinar cuidadosamente los rangos de edad utilizados por los Estados Unidos. En muchos casos, los Estados Unidos formulan alegaciones en relación con la utilización de cigarrillos aromatizados por los "jóvenes", pero en realidad utilizan datos de encuestas que incluyen jóvenes (18 años de edad o menos) y adultos jóvenes (de 18 a 25 años). La propia Ley de control del tabaco y el informe de la Cámara de Representantes que acompaña a la Ley aclaran que el objetivo de ésta es reducir el consumo de tabaco entre los menores de 18 años. Los Estados Unidos no pueden readaptar "*a posteriori*" el objetivo de la medida simplemente para que los datos sean más favorables a su argumentación. En consecuencia, los porcentajes de fumadores entre los adultos jóvenes no son pertinentes a los elementos de hecho del presente caso, y el Grupo Especial debe tener en cuenta únicamente los porcentajes de utilización de cigarrillos por los jóvenes (17 años o menos) y adultos (18 años o más).

3. Los Estados Unidos han citado los resultados del Estudio nacional sobre el consumo de tabaco entre los jóvenes ("*NYTS*"), la encuesta Vigilancia del futuro ("*MTF*") y la Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud ("*NSDUH*") en apoyo de su alegación de que los cigarrillos de clavo de olor son utilizados "fundamentalmente" y "de forma desproporcionada" por los jóvenes. Indonesia ha puesto de relieve numerosas contradicciones en los datos de las encuestas en que se basaron los Estados Unidos, cuya rectificación reveló la existencia de un porcentaje de utilización menor que el inicialmente indicado en ellas. No obstante, aun suponiendo, a efectos de argumentación, que los porcentajes indicados por los Estados Unidos *fueran* correctos, los resultados obtenidos siguen

demostrando que no es en absoluto cierto que los cigarrillos de clavo de olor estén generalizados entre los jóvenes, y mucho menos aún que la inmensa mayoría de quienes los fuman sean jóvenes. Por ejemplo, según el *NYTS*, el 11 por ciento de los fumadores encuestados (incluidos los adultos jóvenes menores de 21 años) había probado un cigarrillo de clavo de olor en los últimos 30 días. *MTF* constató que el 5,5 por ciento de los estudiantes de 12º grado (algunos de los cuales pueden tener 18 años) había probado un cigarrillo de clavo de olor en el último año. La *NSDUH*, utilizando los datos de la encuesta de 2003 preferidos por los Estados Unidos, reveló que el 5 por ciento de los fumadores jóvenes había probado un cigarrillo de clavo de olor en los últimos 30 días. De estos datos se desprende que, como mínimo, cerca del 90 por ciento de los fumadores jóvenes ni siquiera había tenido entre sus manos un cigarrillo de clavo de olor. La situación descrita concuerda con la conclusión de los investigadores de *MTF* de que la utilización de kretek [cigarrillos de clavo de olor] había sido "una moda pasajera que simplemente no ha[bía] arraigado entre los jóvenes". Los datos de la encuesta ponen de manifiesto que los cigarrillos mentolados, el tabaco de pipa, los cigarros y otros productos de tabaco están más generalizados entre los jóvenes que los cigarrillos de clavo de olor.

4. Los datos ponen además de manifiesto que hay un grupo pequeño pero estable de fumadores adultos (un 0,3 por ciento en promedio) que manifiesta que los cigarrillos de clavo de olor son los cigarrillos que fuman con "mayor frecuencia". El desglose por edades de los fumadores de cigarrillos de clavo de olor que hace la *NSDUH* revela que el número de fumadores de más de 30 años de edad que fuman habitualmente cigarrillos de clavo de olor es más de 10 veces mayor que el de los fumadores habituales de ese tipo de cigarrillos de menos de 18 años. Los adultos utilizan los cigarrillos de clavo de olor, y no debe prescindirse de ese hecho como han sugerido los Estados Unidos.

5. Además, Indonesia ha aportado pruebas sustanciales de que los cigarrillos "de habituación" que familiarizan a los jóvenes estadounidenses con el consumo de tabaco no son los cigarrillos de clavo de olor, sino cigarrillos de conocidas marcas estadounidenses, incluidos cigarrillos mentolados. El 42 por ciento de los fumadores jóvenes utilizan "con mayor frecuencia" cigarrillos mentolados. El porcentaje medio de utilización de cigarrillos mentolados se reduce entre los adultos al 30 por ciento; este significativo descenso con respecto al porcentaje de utilización entre los jóvenes indica que éstos comienzan a fumar cigarrillos mentolados y pasan a fumar cigarrillos aromatizados con tabaco cuando llegan a la edad adulta. El 60 por ciento de los actuales fumadores adultos de cigarrillos de clavo de olor indicó que la primera marca de cigarrillos que había fumado era "Marlboro" o "Camel", y las dos terceras partes de todos los fumadores actuales de cigarrillos de clavo de olor manifestaron que habían fumado su primer cigarrillo de ese tipo más de un año después de haber fumado su primer cigarrillo. Además, los cigarrillos mentolados son utilizados por el 62 por ciento de los nuevos fumadores entre los estudiantes del primer ciclo de enseñanza secundaria y por el 46 por ciento de los nuevos fumadores entre los estudiantes del último ciclo de enseñanza secundaria. El 87 por ciento de los estudiantes del último ciclo de enseñanza secundaria que fumaban, fumaba precisamente cigarrillos de tres marcas ampliamente comercializadas: "Marlboro", "Camel" y "Newport". Dos de las tres marcas objeto del *Klein Study*, que según los Estados Unidos revela que los cigarrillos aromatizados atraen especialmente a los jóvenes, eran marcas de cigarrillos mentolados.

B. LOS CIGARRILLOS DE CLAVO DE OLOR LLEVAN APAREJADOS LOS MISMOS RIESGOS PARA LA SALUD QUE LOS DEMÁS CIGARRILLOS

6. Indonesia ha aportado datos de la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos ("FDA") y de los Centros de prevención y lucha contra las enfermedades ("CDC") que indican que los cigarrillos de clavo de olor no son más adictivos que los demás y entrañan los mismos riesgos para la salud. Ha presentado además una serie de estudios de *Clark* (Indonesia-Prueba documental 30) en los que se llega a la conclusión de que el humo de los cigarrillos de clavo de olor no es más perjudicial, y a veces es menos perjudicial, que el de los cigarrillos convencionales. Dado que el Departamento de Sanidad y Servicios Sociales ("HHS") no ha comunicado al Congreso ningún riesgo para la salud imputable a los ingredientes alimenticios presentes en los cigarrillos de clavo de olor, los Estados

Unidos no pueden sugerir a este Grupo Especial que sustancias como el eugenol, la cumarina u otras "pueden" entrañar un riesgo adicional de los cigarrillos de clavo de olor para la salud. No hay ningún testimonio científico en absoluto de que los cigarrillos de clavo de olor puedan ser más peligrosos que otros debido a alguno de sus ingredientes.

III. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN REFUTADO ADECUADAMENTE LAS ALEGACIONES DE INDONESIA EN RELACIÓN CON EL TRATO NACIONAL

7. En su primera comunicación escrita, Indonesia satisfizo la carga de acreditar *prima facie* que la norma especial es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Como se indicaba en ella, para establecer la existencia de una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la parte reclamante tiene que demostrar que: 1) la medida en litigio es un reglamento técnico; 2) los productos importado y nacional son "productos similares"; y 3) se da al producto importado un trato menos favorable que el otorgado al producto similar nacional. Para establecer la existencia de una infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT son necesarios los mismos elementos, con la excepción de que este precepto no exige que la medida sea un reglamento técnico, sino "cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior". Indonesia ha establecido en su primera comunicación todos y cada uno de los elementos necesarios para acreditar su alegación con respecto al trato nacional.

A. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN REFUTADO LA DEMOSTRACIÓN *PRIMA FACIE* DE INDONESIA EN RELACIÓN CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2

8. Al haber acreditado *prima facie* Indonesia sus alegaciones en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y con el párrafo 4 del artículo III del GATT, la carga de la prueba se ha desplazado a los Estados Unidos, que han de refutar las alegaciones de incompatibilidad formuladas por Indonesia. No obstante, en su primera comunicación escrita, los Estados Unidos optaron por no refutar la presunción de incompatibilidad de la norma especial con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y trataron en lugar de ello de refutar la demostración *prima facie* de Indonesia relativa al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Al no haber refutado los Estados Unidos la presunción *prima facie* establecida por Indonesia en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial debe pronunciarse en sentido favorable a Indonesia con respecto a esta alegación.

B. LA NORMA ESPECIAL INFRINGE EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT

9. En su primera comunicación, Indonesia ha demostrado que, con arreglo a los cuatro criterios para evaluar la similitud establecidos por anteriores grupos especiales y por el Órgano de Apelación, los cigarrillos de clavo de olor son "similares" a los cigarrillos aromatizados con mentol y a los cigarrillos aromatizados con tabaco producidos en los Estados Unidos. Con respecto a cada uno de esos criterios, los Estados Unidos tratan de establecer mínimas diferencias entre los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos aromatizados con mentol o aromatizados con tabaco, con el propósito de demostrar que no son productos "similares", pero las sutiles diferencias que señalan los Estados Unidos son insignificantes y no afectan a la relación de competencia que existe entre los cigarrillos de clavo de olor, de un lado, y los cigarrillos aromatizados con mentol y aromatizados con tabaco, de otro.

10. Los Estados Unidos afirman que, debido a que sus ingredientes específicos son distintos de los de los cigarrillos aromatizados con mentol y de los cigarrillos aromatizados con tabaco, los cigarrillos de clavo de olor no comparten con ellos suficientes características físicas para que pueda considerárseles productos "similares", pero lo importante es si los cigarrillos de todos esos tipos tienen "propiedades" o "características" similares. Indonesia ha demostrado en su primera comunicación que es así: todos ellos utilizan aromatizantes además de tabaco para lograr el aroma

específico que se desea, y se presentan en una envoltura de papel con filtro. Indonesia ha aportado pruebas de que hasta el 80 por ciento del tabaco utilizado en los cigarrillos de clavo de olor pertenece al mismo tipo de tabaco utilizado en los cigarrillos fabricados en los Estados Unidos. Los tres tipos de cigarrillos se ajustan a la definición estadounidense de cigarrillo y pertenecen por su relación tamaño/peso a la misma categoría fiscal.

11. Los Estados Unidos tratan de enmascarar esas similitudes alegando diversas diferencias físicas entre los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos aromatizados con mentol o aromatizados con tabaco. Sus alegaciones a este respecto desvirtúan los datos acerca de los cigarrillos de clavo de olor y prescinden de algunos hechos pertinentes en relación con los cigarrillos mentolados y los cigarrillos de tabaco normales.

12. En primer lugar, los Estados Unidos afirman que, debido a que están aromatizados con clavo y una "salsa" de otros aromatizantes, los cigarrillos de clavo de olor tienen características físicas diferentes que los cigarrillos aromatizados con mentol y los cigarrillos aromatizados con tabaco. Esa afirmación pasa por alto el hecho de que tanto los cigarrillos mentolados como los cigarrillos de tabaco normales tienen sus propios aromatizantes, a los que se denomina también "salsa" o "*casing*" (una determinada mezcla de ingredientes). La llamada "salsa" de los cigarrillos de clavo de olor es muy similar a los aromatizantes utilizados en los cigarrillos estadounidenses. No sólo los cigarrillos de clavo de olor, como alegan los Estados Unidos, sino todos los cigarrillos fabricados en los Estados Unidos contienen aromatizantes añadidos por sus fabricantes para diferenciar su sabor del de otros cigarrillos.

13. En segundo lugar, los Estados Unidos no están en lo cierto cuando afirman que los cigarrillos aromatizados con mentol y los cigarrillos aromatizados con tabaco, a diferencia de los cigarrillos de clavo de olor, no contienen cantidades importantes de productos alimenticios. Por el contrario, los fabricantes estadounidenses han publicado una lista de casi 600 ingredientes utilizados en una amplia gama de cigarrillos, que incluyen varios ingredientes alimentarios como cacao, chocolate, licores, azúcares, miel, jarabe de arce, zumo de manzana, zumo de remolacha, zumo de uva, jugo de ciruela, café, aceite de maíz y vinagre. Además, el propio mentol es un aromatizante alimentario común.

14. En tercer lugar, los Estados Unidos tratan de describir varios ingredientes de los cigarrillos de clavo de olor, como el eugenol y la cumarina, como ingredientes más peligrosos que los que contienen los cigarrillos aromatizados con mentol o los cigarrillos aromatizados con tabaco. Esa descripción no está avalada por testimonios científicos o de otra naturaleza.

15. Por último, los Estados Unidos alegan en su primera comunicación escrita que "las singulares características físicas de los cigarrillos de clavo de olor proporcionan a los fumadores una experiencia física diferente de la que crean otros cigarrillos, como los cigarrillos de tabaco normales o mentolados". Indonesia no acepta que el diseño de los cigarrillos de clavo de olor sea consecuencia de las "singulares" características físicas de esos cigarrillos. Los fabricantes de cigarrillos diseñan sus cigarrillos de forma que éstos proporcionen un determinado nivel de intensidad aromática, independientemente de que se trate de un aroma de clavo de olor, de mentol o de tabaco.

16. Indonesia considera que el uso final de todos los cigarrillos es el mismo: los cigarrillos se utilizan para fumar tabaco. La absorción de nicotina es consecuencia de ese uso final, puesto que todos los productos de tabaco contienen nicotina.

17. Los datos de que se dispone indican que la cantidad de nicotina que proporciona un cigarrillo depende de la cantidad de humo aspirada. Los propios Estados Unidos han presentado un estudio en el que se pone de manifiesto que el nivel de nicotina en sangre y la frecuencia cardiaca del fumador eran exactamente los mismos después de haber fumado un cigarrillo de clavo de olor o un cigarrillo ordinario. Los datos científicos revelan que los cigarrillos aromatizados, incluidos los de clavo de olor, no son más adictivos que los demás. En la medida en que se dispone de información sobre la

relación entre el tipo de cigarrillo y el nivel de adicción, esa información indica que los fumadores de cigarrillos mentolados tienen mayores dificultades para abandonar el hábito de fumar y su adicción al tabaco puede ser mayor que la de los fumadores de otros tipos de cigarrillos.

18. En su primera comunicación escrita, Indonesia ha presentado pruebas de que la mayoría de los consumidores percibe los cigarrillos de clavo de olor, los cigarrillos aromatizados con mentol y los cigarrillos aromatizados con tabaco como distintos medios de fumar, como pone de manifiesto el hecho de que los consumidores pueden sustituir cada uno de esos tipos de cigarrillos por los demás para ese uso final. Indonesia y los Estados Unidos coinciden en que la mayoría de los fumadores de cigarrillos de clavo de olor (del 75 al 79 por ciento) fuman también cigarrillos mentolados y cigarrillos ordinarios. No obstante, a pesar de reconocer ese hecho, los Estados Unidos aducen en su primera comunicación escrita que los consumidores diferencian entre esos cigarrillos, que por consiguiente no están en una relación de competencia recíproca. Lo cierto es que los hechos no avalan la tesis de los Estados Unidos.

19. En primer lugar, los Estados Unidos sostienen que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos aromatizados con mentol o aromatizados con tabaco no compiten entre sí, porque los primeros se utilizan como cigarrillos para "ocasiones especiales". Indonesia niega que los cigarrillos de clavo de olor se utilicen sólo esporádicamente o en ocasiones especiales. Los datos de la *NSDUH* aportados por Indonesia revelan que hay un grupo pequeño, pero estable, de adultos que manifiesta que los cigarrillos de clavo de olor son los que fuman "con mayor frecuencia". Los cigarrillos de clavo de olor se han vendido en los Estados Unidos desde hace 40 años y nunca se han comercializado como un producto "de temporada" o "de edición limitada". Lo que en realidad importa es que se sabe que los fumadores están de hecho dispuestos a utilizar cigarrillos de clavo de olor, mentolados o de tabaco normales para el mismo uso final, fumar.

20. En segundo lugar, los Estados Unidos tratan además de establecer distinciones en el comportamiento de los consumidores y afirman que los cigarrillos de clavo de olor son fumados "fundamentalmente" por fumadores jóvenes, y que sólo una pequeña fracción de adultos los fuman, en acusado contraste con los cigarrillos aromatizados con mentol y los cigarrillos aromatizados con tabaco que "son utilizados habitualmente por una gran cantidad de jóvenes, pero sobre todo de adultos, que los fuman regularmente". Ninguno de los testimonios aportados por los Estados Unidos avala esa afirmación. De hecho, los datos que utilizan los Estados Unidos en apoyo de la misma prueban en realidad que casi el 90 por ciento, como mínimo, de los fumadores jóvenes (menores de 18 años) no utilizan cigarrillos de clavo de olor. Los datos revelan que la utilización de cigarrillos aromatizados con mentol está mucho más generalizada entre los jóvenes que la utilización de cigarrillos de clavo de olor. Además, hay adultos que utilizan los cigarrillos de clavo de olor. Simplemente, no hay ningún testimonio que indique que los cigarrillos de clavo de olor no son similares a los cigarrillos aromatizados con mentol o los cigarrillos aromatizados con tabaco desde el punto de vista de su utilización por jóvenes y adultos.

21. La clasificación arancelaria internacional de los cigarrillos de clavo de olor y de los cigarrillos producidos en los Estados Unidos es la misma a nivel de 6 dígitos (2402.20). La clasificación arancelaria a nivel de 6 dígitos es la clasificación pertinente, por cuanto ése es el nivel más detallado susceptible de comparación internacional.

22. En síntesis, Indonesia ha demostrado que los cigarrillos de clavo de olor tienen los mismos rasgos que los cigarrillos aromatizados con mentol y los cigarrillos aromatizados con tabaco en lo que respecta a las características físicas, los usos finales, las preferencias de los consumidores y la clasificación arancelaria. Ninguna de las afirmaciones hechas por los Estados Unidos pone de relieve la existencia de diferencias significativas entre esos tres tipos de cigarrillos por las que no sea posible considerarlos "similares".

23. Dado que se trata de productos "similares", en virtud del párrafo 4 del artículo III del GATT no debe darse a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable en el mercado estadounidense que el otorgado a los cigarrillos aromatizados con mentol y a los cigarrillos aromatizados con tabaco producidos en los Estados Unidos. Aunque es neutral en sus propios términos, la norma especial da lugar a una discriminación *de facto* contra los productos importados. Los cigarrillos aromatizados con mentol y los cigarrillos aromatizados con tabaco, que se producen fundamentalmente en los Estados Unidos, están excluidos de la prohibición relativa a los aromas característicos, mientras que los cigarrillos de clavo de olor prohibidos se importan predominantemente de Indonesia. Al prohibir los cigarrillos de clavo de olor y no los productos similares nacionales (cigarrillos aromatizados con mentol y cigarrillos aromatizados con tabaco), los Estados Unidos han modificado las condiciones de competencia en detrimento de los primeros. De hecho, las restricciones impuestas por la norma especial no han afectado a casi ningún tipo de cigarrillos producidos en el país, por lo que la norma especial implica una discriminación *de facto* contra los cigarrillos de clavo de olor importados.

24. Indonesia y varios terceros han manifestado su inquietud ante el argumento expuesto por los Estados Unidos, según el cual Indonesia tiene que demostrar que la norma especial da un trato diferente a los cigarrillos de clavo de olor "en función de su origen nacional". Ningún informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación ha exigido nunca la prueba de un "trato menos favorable" y una segunda prueba de que el trato en cuestión se otorgue "en función del origen nacional" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Como han explicado Indonesia y esos terceros, puede darse un trato diferente a los productos importados y a los productos nacionales, pero ese trato se considerará "menos favorable" si tiene por efecto la modificación de las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados. Indonesia insta al Grupo Especial a rechazar la idea expuesta por los Estados Unidos de que para que dé lugar a un "trato menos favorable" de los cigarrillos de clavo de olor importados, es necesario que la norma especial establezca una discriminación "en función del origen nacional".

25. Los Estados Unidos yerran también cuando afirman que "del hecho de que la prohibición se aplique también a cigarrillos nacionales y se siga permitiendo la venta en los Estados Unidos de la inmensa mayoría de los cigarrillos importados se desprende que la norma especial no establece un 'trato menos favorable'". Puede establecerse la existencia de una infracción del párrafo 4 del artículo III demostrando que hay algunos productos importados a los que se da un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares a los que se da el trato mejor. El principio es simple: si los productos en litigio son "similares", el Miembro no puede dar al producto importado un "trato menos favorable". En el presente caso, la cuestión pertinente es si los cigarrillos de clavo de olor importados son o no "similares" a cualesquiera cigarrillos que no hayan sido prohibidos, en concreto a los cigarrillos aromatizados con mentol o a los cigarrillos aromatizados con tabaco. Además, en contra de lo que sugieren los Estados Unidos, ni la intención de discriminar las importaciones ni el efecto económico de la medida son elementos del análisis del "trato menos favorable" que debe realizar el Grupo Especial.

26. En el presente caso, Indonesia ha demostrado que los Estados Unidos dan a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos "similares" nacionales aromatizados con mentol o aromatizados con tabaco. Se prohíben los primeros y no los segundos. La alegación por los Estados Unidos de un requisito en virtud del cual la diferencia de trato ha de establecerse "en función del origen nacional", las razones que exponen para prohibir los cigarrillos de clavo de olor y no los otros dos tipos de cigarrillos "similares" y el efecto de la prohibición no deben desviar la atención del Grupo Especial de ese simple hecho.

IV. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN REFUTADO LA ALEGACIÓN DE INDONESIA DE QUE LA NORMA ESPECIAL ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2

27. En su primera comunicación escrita Indonesia ha demostrado *prima facie* que la norma especial es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque restringe el comercio más de lo necesario para proteger la salud humana teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar su objetivo y, en consecuencia, constituye un obstáculo innecesario al comercio internacional. Por su parte, los Estados Unidos no sólo se han mostrado en desacuerdo con Indonesia en lo que se refiere al marco adecuado para el análisis del Grupo Especial, sino que han sostenido además que Indonesia no ha establecido la existencia de una infracción del párrafo 2 del artículo 2. El criterio que proponen los Estados Unidos para el análisis del párrafo 2 del artículo 2 es erróneo, y el resto de sus afirmaciones carece también de fundamento.

A. MARCO PARA EL ANÁLISIS DEL GRUPO ESPECIAL

28. En su primera comunicación escrita, Indonesia ha sostenido que el criterio para aplicar el apartado b) del artículo XX y la introducción de ese artículo del GATT es válido también para el análisis que debe hacer el Grupo Especial del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La similitud entre el texto del artículo XX del GATT de 1994 y de su apartado b), de un lado, y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y su Preámbulo, de otro, parece indicar que existe un elevado grado de correspondencia entre el sentido que se pretendió dar a ambas disposiciones. La finalidad del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, en conexión con el Preámbulo de ese Acuerdo, es análoga a la del artículo XX del GATT de 1994, por cuanto ambas disposiciones permiten a los Miembros mantener medidas que restringen el comercio, siempre que i) el Miembro que mantiene la medida persiga con ella un objetivo legítimo; ii) la medida en cuestión sea necesaria para alcanzar el objetivo; y iii) dicha medida no restrinja el comercio más de lo necesario para alcanzarlo. Ésos son los tres factores que el Grupo Especial debe evaluar al analizar si la norma especial es o no compatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

29. Por su parte, los Estados Unidos califican de "radical" el marco propuesto por Indonesia y propugnan en su lugar la utilización del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo relativo a la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias ("Acuerdo MSF") como contexto pertinente a la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La argumentación de los Estados Unidos no es convincente por varias razones. En primer lugar, resulta difícil entender la razón por la cual el Acuerdo MSF constituye un contexto pertinente, y el GATT de 1994 no. En segundo lugar, los Estados Unidos exageran la importancia de las diferencias entre el contexto del término "*necessary*" (necesario/necesarias) en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y en el artículo XX del GATT. La "diferencia contextual" que los Estados Unidos afirman que existe no afecta al sentido corriente de ese término. Por último, el texto utilizado en el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF es más específico e impone a los Miembros que impugnan una medida una carga más rigurosa que el texto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En cambio, el texto de ese último párrafo es muy similar al del artículo XX del GATT de 1994.

B. OBJETIVO LEGÍTIMO DE LA NORMA ESPECIAL

30. En lo que respecta al objetivo que persigue la norma especial, Indonesia considera que el Grupo Especial debe atender al informe de la Cámara de Representantes que acompaña a la Ley. Según ese informe, el objetivo de la norma especial es la protección de la salud pública mediante la reducción del número de niños y adolescentes que fuman cigarrillos. Indonesia admite que tanto la protección de la salud humana mediante la reglamentación de los productos de tabaco como la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes son objetivos legítimos.

31. Los Estados Unidos afirman que el objetivo de la norma especial es "proteger la salud pública mediante la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco entre los jóvenes, evitando las posibles consecuencias desfavorables asociadas a la prohibición de productos a los que son química y psicológicamente adictos decenas de millones de adultos, debido a las posibles aunque no conocidas repercusiones para la salud de los consumidores considerados individualmente y para la población en general". Esa formulación se aparta del informe de la Cámara en varios aspectos importantes que entrañan diversas consecuencias para el análisis de las defensas de los Estados Unidos por el Grupo Especial.

32. En primer lugar, los Estados Unidos en lugar de referirse, como el informe de la Cámara, a los "niños y adolescentes", se refieren a los "jóvenes". Según la propia definición de los Estados Unidos, con ese término se alude tanto a los "niños" (17 años o menos) como a los "adultos jóvenes" (de 18 a 25 años). Al referirse a los "jóvenes" y no a los "niños y adolescentes", los Estados Unidos parecen tratar de "readaptar" el objetivo de la norma especial para que éste abarque una población más amplia que la que pretendió abarcar el Congreso. El informe de la Cámara afirma claramente que la norma especial pretende reducir el consumo de tabaco entre los niños y adolescentes (17 años o menos).

33. En segundo lugar, ante el Grupo Especial, los Estados Unidos añaden al objetivo de la norma especial la salvedad "evitando las *posibles* consecuencias desfavorables para la salud". A juicio de Indonesia, esa cláusula no forma parte del objetivo declarado de la norma especial según el informe de la Cámara. En todo caso, los Estados Unidos no aportan ningún testimonio, científico o de otro tipo, sobre los supuestos efectos desfavorables para la salud (la presión sobre el sistema de atención de salud y la expansión del mercado negro de cigarrillos) que la norma especial trata de evitar, debido a que, como reconocen los Estados Unidos, se trata de repercusiones "no conocidas". De hecho, hay pruebas de que en el diseño de la norma especial influyó un objetivo distinto de la evitación de las "posibles consecuencias desfavorables para la salud". Indonesia ha aportado pruebas de que los Estados Unidos no incluyeron los cigarrillos mentolados en la norma especial debido a la oposición de un fabricante estadounidense de cigarrillos.

C. MAYOR RESTRICCIÓN DEL COMERCIO DE LA NECESARIA

34. Por legítimo que pueda ser el objetivo de la norma especial, ésta no es necesaria para alcanzarlo. Los argumentos expuestos por los Estados Unidos para refutar la presunción *prima facie* establecida por Indonesia no pueden prosperar, porque los datos no respaldan la tesis central de su defensa, según la cual la norma especial sólo prohíbe cigarrillos "de habituación" no utilizados habitualmente por los adultos. En consecuencia, la norma especial no contribuye de manera importante al logro del objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes y, por tanto, no prohibir los cigarrillos de clavo de olor no supondría ningún riesgo significativo para el logro del objetivo perseguido por la medida de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Llegados a este punto, la cuestión de si existen o no medidas menos restrictivas del comercio carece de sentido, por cuanto la norma especial no puede ser necesaria si no cumple su objetivo. No obstante, como ha demostrado Indonesia en su primera comunicación escrita, había al alcance de los Estados Unidos varias medidas menos restrictivas del comercio para limitar el acceso de los jóvenes a los cigarrillos de clavo de olor.

35. Al determinar si la norma especial es "necesaria" para alcanzar su objetivo, el Grupo Especial debe examinar si ésta hace una contribución importante al logro del objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Indonesia sostiene que la norma especial no puede hacer una contribución importante al elevado nivel de protección perseguido por los Estados Unidos, por cuanto prohíbe un tipo de cigarrillos que la mayoría de los jóvenes no fuma.

36. A tenor de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la necesidad de una medida debe determinarse teniendo en cuenta los riesgos asociados a la no adopción de esa medida

(es decir, el riesgo que crearía no alcanzar el objetivo). En consecuencia, el Grupo Especial debe evaluar la repercusión que podría tener no prohibir los cigarrillos de clavo de olor. Para ello, tiene que examinar si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor, pero no de los cigarrillos aromatizados con mentol o los cigarrillos aromatizados con tabaco, contribuye a la reducción del nivel de consumo de tabaco por los jóvenes. Indonesia ha acreditado *prima facie* que el hecho de no prohibir los cigarrillos de clavo de olor no supondría ningún riesgo significativo para el objetivo declarado de la norma especial de proteger la salud de los adolescentes.

37. Por su parte, los Estados Unidos afirman que el riesgo que crearía no alcanzar el objetivo es el de que "no se modifiquen los porcentajes de fumadores entre los jóvenes". Habida cuenta de que muy pocos adolescentes fuman realmente cigarrillos de clavo de olor, resulta difícil comprender que el hecho de prohibirlos pueda tener alguna influencia, significativa o no, en los porcentajes de fumadores, por no hablar de la reducción del 50 por ciento que pretende conseguir la Ley, como confirma el hecho de que los Estados Unidos no hayan podido facilitar datos sobre la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes desde que entró en vigor la norma especial.

38. Dado que Indonesia ha aportado pruebas de que la norma especial no contribuye de manera importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes y de que no prohibir los cigarrillos de clavo de olor no supondría un riesgo significativo para el logro de ese objetivo, la carga de la prueba se ha desplazado a los Estados Unidos, que debían refutar su alegación. Como los Estados Unidos no han satisfecho esa carga, debe considerarse que la norma especial no es necesaria. En consecuencia, no es preciso examinar si había al alcance medidas menos restrictivas del comercio.

39. No obstante, en caso de que el Grupo Especial no esté de acuerdo con lo anteriormente expuesto, Indonesia ha demostrado en su primera comunicación escrita que había al alcance de los Estados Unidos medidas menos restrictivas del comercio para limitar el acceso de los jóvenes a los cigarrillos de clavo de olor, entre ellas la limitación de las ventas a sitios donde sólo se vende a adultos, la adopción de restricciones con respecto a la publicidad/etiquetado de los cigarrillos y la elevación de la edad mínima requerida para comprar el producto. Los Estados Unidos aducen que Indonesia no ha probado que las alternativas que propone permitan alcanzar el objetivo de la medida al nivel de protección deseado por los Estados Unidos, ni que esas alternativas sean significativamente menos restrictivas del comercio.

40. Ante todo, Indonesia no tiene que demostrar que las alternativas que propone sean "significativamente" menos restrictivas del comercio, sino sólo que son "menos restrictivas del comercio". Cualquiera de las alternativas propuestas por Indonesia habría sido "menos restrictiva del comercio" que la medida aplicada por los Estados Unidos (la prohibición total de la importación, producción y venta de cigarrillos de clavo de olor). Todas las alternativas propuestas estaban razonablemente al alcance de los Estados Unidos y podría lograrse con ellas una reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes por cuanto 1) figuran ya en la Ley de control del tabaco y han sido consideradas eficaces por los Estados Unidos para mantener a los jóvenes apartados del consumo de cigarrillos aromatizados con mentol o de cigarrillos aromatizados con tabaco; 2) han sido adoptadas por los Estados Unidos en contextos distintos para eliminar del mercado los cigarrillos aromatizados y podían haberse incorporado a la Ley de control del tabaco; o 3) son utilizadas por otros países con la misma finalidad de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.

41. Por ejemplo, los Estados Unidos podían haber utilizado las demás facultades normativas previstas en el proyecto de ley para prevenir el consumo de tabaco entre los jóvenes y lograr el mismo resultado que con la norma especial. Como ha demostrado Indonesia, la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no puede afectar significativamente al consumo de tabaco entre los jóvenes, debido a que muy pocos jóvenes fuman esos cigarrillos y a que no hay pruebas de que se trate de cigarrillos de iniciación que induzcan a fumar otros tipos de cigarrillos. En consecuencia, si los Estados Unidos consideran que las medidas destinadas a reducir el consumo de cigarrillos aromatizados con mentol y de cigarrillos aromatizados con tabaco por los jóvenes son eficaces, esas medidas tendrían que ser

también eficaces para reducir el consumo por éstos de cigarrillos de clavo de olor. En la medida en que preocupa a los Estados Unidos la posibilidad de que las empresas tabacaleras lancen al mercado nuevos tipos de cigarrillos aromatizados, la Ley de control del tabaco da al HHS la facultad de aprobar los nuevos productos de tabaco, por lo que éste puede impedir que se pongan al alcance de los jóvenes nuevos tipos de cigarrillos aromatizados. Los Estados Unidos no han aportado ninguna prueba para refutar el hecho de que las medidas alternativas propuestas por Indonesia estaban razonablemente a su alcance, ni su eficacia para conseguir una reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes.

D. RESTRICCIÓN ENCUBIERTA DEL COMERCIO INTERNACIONAL

42. El Preámbulo del Acuerdo OTC dispone, en la parte pertinente, que los reglamentos técnicos están sujetos a la condición de que no se apliquen "en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional". En consecuencia, aun en caso de que constate que la norma especial era necesaria para reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, el Grupo Especial debe examinar además si constituye una restricción encubierta del comercio internacional. Indonesia cree que es así. Al configurar la prohibición de los "aromas característicos" en forma tal que no se ha eliminado del mercado prácticamente ningún tipo de cigarrillos nacionales, incluidos los que gozan de mayor difusión entre los jóvenes, los Estados Unidos han podido aparentar que tomaban medidas enérgicas contra el consumo de tabaco entre los jóvenes sin causar en realidad ningún perjuicio a las empresas tabacaleras estadounidenses ni a los cigarrillos producidos en el país cuyo uso está generalizado entre los jóvenes. Como se ha expuesto antes, el ámbito de aplicación de la prohibición de la norma especial fue fruto de una transacción con la rama de producción nacional y no tuvo únicamente su razón de ser en consideraciones de salud pública. A la luz de lo expuesto y de las demás pruebas que demuestran que la norma especial no es "necesaria", el Grupo Especial debe constatar que la norma especial es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

V. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN REFUTADO ADECUADAMENTE LAS DEMÁS ALEGACIONES FORMULADAS POR INDONESIA AL AMPARO DEL ACUERDO OTC

A. LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON SUS OBLIGACIONES EN VIRTUD DEL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

43. En su primera comunicación escrita, Indonesia ha demostrado que los Estados Unidos no explicaron la justificación de la norma especial con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Ese párrafo obliga al Miembro a explicar la justificación de su reglamento técnico "a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del presente artículo", con inclusión de la "información ... científica y técnica" concerniente a "los riesgos que crearía no alcanzar [el objetivo de salud pública]" y a la forma en que la medida elegida permite "alcanzar" el objetivo perseguido. Precisamente el contenido requerido "a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4" es el que faltaba en las respuestas facilitadas por los Estados Unidos a Indonesia. Dado que Indonesia ha acreditado *prima facie* sus alegaciones, y que éstas no han sido adecuadamente refutadas por los Estados Unidos, el Grupo Especial debe constatar que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

B. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN REFUTADO LAS ALEGACIONES FORMULADAS POR INDONESIA AL AMPARO DEL PÁRRAFO 8 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

44. Los Estados Unidos sostienen que, en lo que respecta a la norma especial, no era procedente una norma definida en función de las propiedades de uso y empleo debido a que el objeto de la norma especial eran los aditivos, aromatizantes, hierbas y especias. Indonesia sostiene que la prohibición de los cigarrillos con un aroma característico podía haberse establecido en función de las propiedades de

uso y empleo más bien que de las características descriptivas, y que hubiera sido procedente hacerlo. Indonesia ha aportado pruebas de que prácticamente todos los cigarrillos contienen al menos algunos aditivos, aromas, hierbas y especias. Los Estados Unidos han indicado que la presencia de elementos constitutivos o de aditivos no responde a la definición de "aroma característico" *per se*. En ausencia de una norma definida en función de las propiedades de uso y empleo, un productor no puede saber qué cigarrillos se considera que tienen un aroma característico distinto del de tabaco o mentol. En el presente caso, el producto puede definirse en función de las propiedades de uso y empleo. Por ello, el Grupo Especial debe constatar que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC al no especificar en la norma especial una norma definida en función de las propiedades de uso y empleo.

C. LOS ESTADOS UNIDOS ADMITEN QUE ACTUARON DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 9 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

45. Los Estados Unidos han admitido que no notificaron la norma especial de conformidad con lo prescrito en los párrafos 9 y 10 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Por consiguiente, el Grupo Especial debe constatar que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

D. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN REFUTADO LAS ALEGACIONES FORMULADAS POR INDONESIA AL AMPARO DEL PÁRRAFO 12 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

46. Dado que Indonesia ha demostrado *prima facie* que el lapso de 90 días para la entrada en vigor de la norma especial era considerablemente más breve que el plazo de 6 meses normalmente requerido y que los Estados Unidos no alegaron la existencia de "circunstancias urgentes" que rodearan la adopción de la norma especial, el Grupo Especial debe constatar que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

E. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN REFUTADO LAS ALEGACIONES FORMULADAS POR INDONESIA AL AMPARO DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 12 DEL ACUERDO OTC

47. Indonesia sostiene que ha aportado pruebas que demuestran *prima facie* que los Estados Unidos no tuvieron en cuenta, además de otros factores, sus necesidades especiales como país en desarrollo antes de adoptar una decisión que crea un obstáculo innecesario al comercio. La única cuestión que se plantea a este respecto es si la actuación de los Estados Unidos se ajustó a las prescripciones del párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC. El párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC requiere una acción positiva del Miembro. Los actos realizados por los Estados Unidos son insuficientes para satisfacer las prescripciones del párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC y, en consecuencia, el Grupo Especial debe constatar que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con los compromisos que han contraído en el marco de la OMC.

VI. LA NORMA ESPECIAL NO PUEDE ESTAR JUSTIFICADA EN VIRTUD DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

48. En su primera comunicación escrita, los Estados Unidos afirman que aun cuando se constatara que la norma especial es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT, estaría justificada en virtud del artículo XX del GATT. Indonesia ha demostrado ya en la sección IV *supra* que la prohibición de la norma especial no es necesaria para reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes y constituye una restricción encubierta del comercio internacional. Por ello, el artículo XX del GATT no es obstáculo para que la norma especial sea objeto de una constatación de incompatibilidad con las normas de la OMC.

VII. LA NORMA ESPECIAL HA ANULADO O MENOSCABADO VENTAJAS RESULTANTES PARA INDONESIA

49. Dado que Indonesia ha demostrado que han incumplido las obligaciones contraídas en el Acuerdo OTC y el GATT de 1994, se presume que los Estados Unidos han anulado o menoscabado ventajas resultantes para Indonesia en el sentido del párrafo 1 a) del artículo XXIII del GATT. Los Estados Unidos no han refutado esa presunción y, por tanto, el Grupo Especial debe constatar que la norma especial ha anulado o menoscabado ventajas resultantes para Indonesia.

VIII. CONCLUSIÓN

50. Indonesia ha acreditado *prima facie* las alegaciones que ha formulado al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y de los párrafos 1, 2, 5, 8, 9 y 12 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC. Los Estados Unidos no han refutado esas alegaciones. Indonesia solicita respetuosamente al Grupo Especial que constate que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con los compromisos contraídos en el marco de la OMC indicados *supra* y recomiende que pongan su medida en conformidad con esos compromisos.

ANEXO C-2

RESUMEN DE LA SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS

I. INTRODUCCIÓN

1. El artículo 907(a)(1)(A) es una medida de salud pública basada en la forma en que los cigarrillos son utilizados por la población estadounidense en su conjunto. En virtud de ella se prohíben los cigarrillos con determinados aromas característicos porque son especialmente atractivos para los jóvenes -y por ello son especialmente perjudiciales, por favorecer la adicción-, pero no son utilizados por gran número de adultos. En ese sentido, su prohibición resulta deseable y procedente desde el punto de vista de la salud pública. Las alegaciones de Indonesia contra el artículo 907(a)(1)(A) se basan en argumentos vagos o erróneos desde el punto de vista jurídico y en afirmaciones fácticas no respaldadas por los datos y que están en contradicción con las pruebas presentadas por los Estados Unidos. Además, Indonesia, en lugar de ocuparse de los problemas de salud pública que se plantean en relación con el artículo 907(a)(1)(A) y el hábito de fumar entre los jóvenes, se limita a negar su existencia.

2. En lo que respecta al trato nacional, Indonesia sostiene erróneamente que los cigarrillos de clavo de olor son "similares" a los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados, y que el artículo 907(a)(1)(A) da a los productos indonesios un trato menos favorable, porque no prohíbe también todos los cigarrillos nacionales. No obstante, los hechos pertinentes respaldan la conclusión de que, en las circunstancias del presente caso, los cigarrillos de clavo de olor no pueden considerarse "similares" a los cigarrillos de tabaco normales o a los cigarrillos mentolados. Además, la prohibición de los cigarrillos aromatizados en virtud del artículo 907(a)(1)(A) es aplicable de hecho a cigarrillos importados y nacionales, y no afecta a la inmensa mayoría de los cigarrillos importados.

3. Al igual que sus argumentos con respecto al trato nacional, los argumentos de Indonesia con respecto al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no pueden prosperar. En particular, Indonesia no ha aportado pruebas, ni mucho menos aún pruebas suficientes, de que haya razonablemente al alcance una medida menos restrictiva del comercio que cumpla el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) al nivel que los Estados Unidos consideran apropiado. Por ello, Indonesia no ha demostrado *prima facie* la alegación de que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

II. ARGUMENTOS JURÍDICOS

A. ALEGACIONES RELATIVAS AL TRATO NACIONAL FORMULADAS AL AMPARO DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994 Y DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

4. Como indicaron en sus respuestas a la primera serie de preguntas del Grupo Especial a las partes, los Estados Unidos consideran que el Grupo Especial puede examinar conjuntamente las alegaciones relativas al trato nacional formuladas al amparo del GATT de 1994 y del Acuerdo OTC, teniendo debidamente en cuenta el contexto y los requisitos concretos de cada alegación. De hecho, los Estados Unidos sostienen que el Acuerdo OTC constituye un contexto específico pertinente a los análisis relativos al trato nacional en el marco tanto del Acuerdo OTC como del GATT de 1994. La idea principal que se recoge en el Preámbulo es la de que las medidas técnicas pueden establecer entre los productos distinciones que afecten al comercio internacional siempre que se cumplan determinadas condiciones. En consecuencia, como aclara el texto del Acuerdo OTC, los Miembros han reconocido que las medidas técnicas sirven a menudo para prescribir y proscribir características del producto, requisitos y normas, y que esas medidas pueden, con frecuencia, de forma lícita y admisible, afectar al comercio internacional y al acceso de los productos, extranjeros y nacionales, al

mercado. Por sí solo, el mero hecho de que un reglamento técnico afecte al comercio internacional no prueba que la medida en cuestión sea incompatible con las obligaciones comerciales. Este estrato del contexto es también pertinente en el análisis del trato nacional en el marco del GATT de 1994, por cuanto los reglamentos técnicos son un subgrupo de las medidas abarcadas por el párrafo 4 del artículo III.

5. El análisis del "producto similar" que realiza Indonesia no es coherente -varía de una a otra comunicación- y no guarda relación con los hechos que concurren en la diferencia ni con el contexto que proporcionan los Acuerdos. Indonesia comienza destacando -acertadamente- en su primera comunicación escrita la declaración del Órgano de Apelación de que "el término 'producto similar' debe interpretarse teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin de la disposición en cuestión, así como el objeto y fin del acuerdo abarcado en el que figura la disposición". Sin embargo, después de destacar la naturaleza contextual de la "similitud", en los párrafos inmediatamente siguientes, Indonesia abandona ese principio y cita, en apoyo de su alegación de que debe considerarse que "todos" los cigarrillos son productos "similares", las conclusiones alcanzadas en dos diferencias en las que la situación fáctica era enteramente distinta. Posteriormente, en sus respuestas a la primera serie de preguntas del Grupo Especial a las partes, Indonesia cambia súbitamente de postura y sugiere que todos los cigarrillos *no* son necesariamente productos "similares". Indonesia hace esa sugerencia en respuesta a una pregunta relativa al trato fiscal, al parecer diferente y menos favorable, dado por ese país a los cigarrillos extranjeros.

6. Además, en su primera comunicación escrita, Indonesia reconoció -acertadamente- que los cigarrillos con aromas característicos como los de cereza o chocolate son pertinentes a la presente diferencia, y los tuvo en cuenta en su análisis del producto similar. Es significativo que reconociera como distinción legítima a efectos de la "similitud del producto" las consecuencias de los cigarrillos para la salud pública, que constituyen el aspecto primordial que hace de hecho diferentes a los cigarrillos de clavo de olor o con otros aromas característicos de los cigarrillos de tabaco normales o mentolados. En consecuencia, Indonesia reconoció expresamente que cigarrillos diferentes, debido a su atractivo, e implícitamente, a las características demográficas de sus usuarios, pueden representar un riesgo diferente para la salud. Además, reconoció que el riesgo que representaban para la salud determinados tipos de cigarrillos era tan significativo en el contexto del presente caso que no era necesario que esos cigarrillos "fueran considerados similares" a los demás. Los Estados Unidos han demostrado en su primera comunicación escrita que los cigarrillos de clavo de olor -como los cigarrillos con aroma de cereza, chocolate u otros aromas mencionados en la primera comunicación de Indonesia- presentan riesgos para la salud pública debido a su atractivo para los fumadores de menor edad. Indonesia ha cambiado posteriormente de postura en lo que respecta a los cigarrillos aromatizados. Además, aplica de forma mecánica los cuatro factores indicados en el párrafo 18 del *Informe del Grupo de Trabajo sobre Ajustes fiscales en frontera* (propiedades físicas, usos finales, gustos y hábitos de los consumidores y clasificación arancelaria) sin ningún tipo de pauta para calibrar qué características son pertinentes y cuáles no.

7. Los Acuerdos abarcados y las disposiciones en litigio -el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994- proporcionan el contexto para determinar "qué características o cualidades son importantes al evaluar la 'similitud' de los productos", "el grado o la medida en que los productos deben tener cualidades o características comunes para ser 'productos similares'" y "desde el punto de vista de quién debe juzgarse la 'similitud'". El Órgano de Apelación utiliza los cuatro factores tradicionales, pero ha destacado que esos cuatro factores son únicamente instrumentos para estructurar el análisis, y no deben reemplazar a la tarea analítica de determinar qué factores de "similitud" son pertinentes en circunstancias concretas. Los Estados Unidos han expuesto los principios contextuales del GATT de 1994 y el Acuerdo OTC que informan en el presente caso el análisis del trato nacional en el marco de esos Acuerdos. El análisis del producto similar debe atribuir importancia a las características que tienen relación directa con la cuestión de si los productos regulados por la medida compiten en el mercado estadounidense, así como a las que están relacionadas con las razones de salud pública en que se basa la medida.

8. Basándose en esos dos principios rectores, los Estados Unidos sostienen que determinadas características son especialmente pertinentes al análisis de la similitud de los productos. En primer lugar, debe atribuirse importancia a determinadas propiedades físicas diferentes de los productos comparados, no sólo en la medida en que son pertinentes a la evaluación de la relación de competencia entre dos o más productos, sino también en la medida en que son pertinentes a las razones de salud pública en que se basa la diferenciación que el artículo 907(a)(1)(A) establece entre productos. En segundo lugar, debe atribuirse también especial importancia a los gustos y preferencias de los consumidores, que tienen su origen en las características físicas pertinentes y que tienen importantes consecuencias para la salud pública.

9. La presencia física de clavo en los cigarrillos de clavo de olor es especialmente pertinente. La mezcla, a partes casi iguales, de clavo y tabaco en los cigarrillos de clavo de olor los diferencia a ojos de los consumidores por su sabor y aroma. Los consumidores eligen los cigarrillos de clavo de olor porque contienen clavo y eligen los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados por el aroma que les caracteriza. Además, los cigarrillos de clavo de olor contienen una "salsa especial" que los fabricantes ofrecen expresamente como rasgo físico distintivo. En tercer lugar, el clavo (y tal vez otros aromatizantes de la "salsa especial") contiene eugenol, sustancia que, según firmes indicios, genera una sensación de adormecimiento que diferencia los cigarrillos de clavo de olor de otros cigarrillos, incluidos los mentolados.

10. Esas características físicas, propias de los cigarrillos de clavo de olor, están directamente relacionadas con los gustos y preferencias de los consumidores. Las elecciones y pautas de uso de los consumidores son especialmente pertinentes a las razones de salud pública en que se basa la distinción que hace el artículo 907(a)(1)(A) entre los cigarrillos. El artículo 907(a)(1)(A) se basa en la constatación de que los cigarrillos con aromas característicos (distintos de los de tabaco o mentol) son especialmente atractivos para los jóvenes de edades comprendidas en la etapa de iniciación y resultan mucho menos atractivos para los adultos de mayor edad.

11. La posición de los Estados Unidos de que es preciso atribuir especial importancia a determinados rasgos físicos debido a su relación con los gustos y hábitos de los consumidores, las pautas de consumo y los especiales riesgos para la salud pública en litigio en la presente diferencia es acorde con el enfoque adoptado en *CE - Amianto.* En su informe sobre ese asunto, el Órgano de Apelación analizó sucesivamente cada uno de los cuatro criterios y los ponderó de la forma que consideró apropiada, para llegar a la conclusión de que la característica concreta de toxicidad era significativa habida cuenta de las circunstancias, y de que la toxicidad relativa del producto era directamente pertinente a la medida impugnada, que trataba de proteger la salud pública mediante la prohibición del amianto, debido al nivel de toxicidad de este producto.

12. Las características de los brotes de clavo antes indicadas son sumamente pertinentes y debe atribuírseles especial importancia. E incluso si se examinan otros factores, esos otros factores no respaldan la afirmación de Indonesia de que los cigarrillos de clavo de olor son similares a los demás tipos de cigarrillos. Los cigarrillos de clavo de olor son diferentes de los cigarrillos de tabaco normales o los cigarrillos mentolados en lo que respecta a todas las categorías tradicionales (propiedades físicas, gustos y hábitos de los consumidores, usos finales y trato arancelario).

13. Indonesia desearía que el Grupo Especial examinara la alegación relativa al "trato menos favorable" sin atender al contexto de los Acuerdos pertinentes y sobre la base de una opinión extrema que ha sido rechazada por el Órgano de Apelación. Según Indonesia, todos los distintos tipos de cigarrillos constituyen un único "producto similar", y si el artículo 907(a)(1)(A) no prohíbe *algún* tipo de cigarrillo producido en el país, ese artículo constituye una medida que da a los productos indonesios un trato menos favorable. La opinión de Indonesia no se basa en el texto del Acuerdo sobre la OMC ni en constataciones del Órgano de Apelación o de un grupo especial de la OMC, sino en un único informe de un Grupo Especial del GATT (*Estados Unidos - Bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*).

14. Ante todo, hay que decir que las circunstancias que concurren en el presente caso son diferentes de las circunstancias (entre ellas, la existencia de medidas de varios Estados) que concurrían en *Estados Unidos - Bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*. En todo caso, el enfoque basado en el "trato mejor" propugnado por Indonesia no es compatible con el texto del párrafo 4 del artículo III del GATT y del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La comparación pertinente ha de hacerse entre el trato concedido a "productos" importados y a "productos" nacionales similares y no a importaciones aisladas y a productos nacionales similares aislados. No hay base en el texto de los Acuerdos para interpretar que las disposiciones relativas al trato nacional de uno u otro Acuerdo establecen que debe darse a "un producto importado" un trato no menos favorable que el otorgado a "un producto nacional".

15. Ese enfoque tampoco es compatible con el principio enunciado en el artículo III de que las medidas no deben aplicarse de manera que se proteja la producción nacional, ni con la declaración del Acuerdo OTC de que los Miembros pueden adoptar medidas para proteger la salud pública, incluso estableciendo las características de los productos. Si prevaleciera la opinión de Indonesia -y se considerara que las obligaciones de trato nacional se incumplen cuando una medida impone restricciones a una *sola* importación y no las impone a un *solo* producto nacional- la posibilidad de los Miembros de establecer reglamentaciones para proteger la salud humana o con cualquiera otra finalidad resultaría gravemente afectada.

16. Además, en *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación rechazó el enfoque basado en el "trato mejor" que propugna Indonesia. El Órgano de Apelación afirmó que la comparación pertinente a los efectos del "trato menos favorable" no debe hacerse entre una importación y el producto nacional similar al que se otorga el "mejor" trato, sino que "un Miembro reclamante debe ... demostrar que la medida concede al *grupo* de productos *importados* 'similares' 'un trato menos favorable' que el que concede al grupo de productos 'similares' *de origen nacional"*. El Órgano de Apelación hace en *CE - Amianto* la importante observación de que, aunque la expresión "productos similares" tiene en el párrafo 4 del artículo III un alcance amplio, atenúa o limita ese alcance el hecho de que "un Miembro puede trazar distinciones entre productos que se haya constatado que son 'similares', sin que por ese solo hecho conceda al grupo de los productos *importados* 'similares' un 'trato menos favorable' que el concedido al grupo de los productos 'similares' *de origen nacional*". Dicho de otro modo, una medida que concede a algunos productos importados un trato diferente del concedido a algunos productos nacionales similares en función, por ejemplo, de sus características como cigarrillos de habituación (y no de su origen) no es una medida que conceda al "grupo de los productos *importados* 'similares'" un trato diferente que el concedido al "grupo de los productos 'similares' *de origen nacional*", sino una medida que concede al grupo de productos que son cigarrillos de habituación un trato diferente del concedido al grupo de productos que no tienen esa característica.

17. Aun dejando aparte su errónea argumentación basada en el "trato mejor", Indonesia no ha demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) dé un trato menos favorable a los cigarrillos importados. Que una medida conceda o no un trato menos favorable depende de la forma en que esa medida trate a los productos importados en comparación con los productos nacionales. A tal efecto, el Órgano de Apelación ha examinado si la medida modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados con respecto a los productos nacionales, pero ha aclarado que una medida *no* modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados cuando los supuestos efectos perjudiciales "se explican por factores o circunstancias *que no guardan relación con el origen extranjero del producto*". Además, "[l]a expresión 'trato menos favorable' expresa el principio general, enunciado en el párrafo 1 del artículo III, de que los reglamentos interiores 'no deberían aplicarse ... de modo que se proteja la producción nacional'". En consecuencia, el principio rector del análisis es que una medida no debe dar un trato especial a las importaciones en función de su origen nacional de manera que se proteja el producto nacional. Este mismo principio es también válido con respecto al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que debe interpretarse en el sentido de que permite establecer reglamentos técnicos basados en distinciones legítimas entre los productos, aunque esas distinciones puedan tener efectos diferentes en productos diferentes.

18. En el presente caso, al examinar cualquier alegación de trato menos favorable debe tenerse en cuenta que el artículo 907(a)(1)(A) es una medida de salud pública. Las distinciones entre productos basadas en la forma en que los consumidores los utilizan y en relación con las consecuencias que pueden derivarse de diferentes reglamentaciones, son compatibles con un enfoque basado en la salud pública. En consecuencia, en el presente caso, no debe confundirse el hecho de que se prohíban cigarrillos menos utilizados con una discriminación de los productos importados con respecto a los productos nacionales. El hecho de que los cigarrillos de clavo de olor estén comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 907(a)(1)(A) no tiene nada que ver con su origen nacional y se debe exclusivamente a la forma en que son utilizados por los consumidores en los Estados Unidos y a otros factores de salud pública.

19. La única prueba que Indonesia ha presentado para demostrar la existencia de un trato menos favorable consiste en que la medida prohíbe los cigarrillos de clavo de olor y no los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados. Se trata de una prueba incompleta e insuficiente por lo demás para demostrar la existencia de un trato menos favorable.

20. Es pertinente el hecho de que el artículo 907(a)(1)(A) *afecte también a cigarrillos nacionales*. Como han demostrado los Estados Unidos, desde 1999 hasta 2006 por lo menos, los fabricantes estadounidenses de cigarrillos, y especialmente R.J. Reynolds comercializaron activamente una nueva línea de productos aromatizados destinados específicamente a los jóvenes, dentro de un plan empresarial para conseguir nuevos adictos a los cigarrillos. Los datos disponibles indican que en 2008 y 2009 había en el mercado cigarrillos con aromas característicos producidos en los Estados Unidos. Los Estados Unidos e Indonesia parecen estar de acuerdo en que, de no ser por la intervención del Gobierno, los fabricantes estadounidenses venderían cigarrillos aromatizados en el mercado estadounidense. La legislación federal tuvo una importancia decisiva para eliminar esa amenaza. Si atendemos exclusivamente a los cigarrillos aromatizados que había en el mercado en 2009 sólo podremos comprender una pequeña parte de los efectos del artículo 907(a)(1)(A) en los productos estadounidenses. Al examinar la situación del mercado en *México - Impuestos sobre los refrescos*, el Grupo Especial consideró un período de cinco años aproximadamente anteriores a la medida. En el presente caso es aún más importante calibrar la repercusión de la prohibición considerando los años que llevaron a ella, debido a la campaña contra los cigarrillos con aromas característicos, que tuvo gran resonancia y que culminó en el artículo 907(a)(1)(A), y al hecho indiscutible de que los productores estadounidenses venderían sus productos si tuvieran oportunidad de hacerlo.

21. Los Estados Unidos ponen también en tela de juicio la afirmación de Indonesia de que la cuota de mercado de los cigarrillos estadounidenses con aromas característicos no era "significativa" o "relevante". El artículo 907(a)(1)(A) es aplicable a un porcentaje muy pequeño de todos los tipos de cigarrillos y de la cantidad total de cigarrillos vendidos en los Estados Unidos. Una de las razones por las que la prohibición de los cigarrillos con aromas característicos distintos del tabaco o el mentol es conveniente para la salud pública en los Estados Unidos estriba en que es aplicable a un número relativamente pequeño de cigarrillos, que no obstante tienen una importancia significativa desde el punto de vista de la salud pública porque son especialmente atractivos para los jóvenes. Los cigarrillos de clavo de olor representaron en los años 2000 - 2009 entre el 0,06 por ciento y el 0,13 por ciento del mercado estadounidense, y la cuota de mercado correspondiente a otros cigarrillos aromatizados, que era también muy pequeña, debe considerarse "relevante" en el grado en que se considere que lo era la de los cigarrillos de clavo de olor. Así pues, la medida afectó tanto a cigarrillos importados como a cigarrillos estadounidenses y, en uno y otro caso, se trataba de productos cuya cuota de mercado era relativamente pequeña. Además, la inmensa mayoría de los cigarrillos importados siguen estando permitidos a tenor de la medida.

22. Indonesia no sólo no ha demostrado que la prohibición del artículo 907(a)(1)(A) distinga las importaciones, sino que tampoco ha demostrado que haya algún efecto perjudicial para los cigarrillos de clavo de olor que dependa del origen extranjero de esos cigarrillos. Como expuso el Órgano de

Apelación en *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, una medida no modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados cuando los supuestos efectos perjudiciales "se explican por factores o circunstancias *que no guardan relación con el origen extranjero del producto*, como, en este caso, la cuota de mercado de los importadores". En ese informe, el Órgano de Apelación confirmó el principio fundamental de que el análisis del "trato" se refiere a la *comparación* de los productos importados con los productos nacionales, y de que no todos los supuestos efectos perjudiciales sufridos por las importaciones son prueba de un trato menos favorable: es preciso que se determine, sobre la base de todas las pruebas pertinentes, que los efectos perjudiciales dependen del origen extranjero del producto. El contexto que proporciona el Acuerdo OTC, que reconoce que los reglamentos técnicos "establecen" legítimamente las "características del producto" y, por ende, una distinción entre productos, refuerza ese principio.

23. El Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* confirma lo anterior. El Grupo Especial determinó que la Argentina no había alegado debidamente un "trato menos favorable" porque no era evidente que "el supuesto trato menos favorable dado a los productos biotecnológicos importados se explique por el *origen extranjero de esos productos* más bien que, por ejemplo, por una *diferencia observada* entre los productos biotecnológicos y los no biotecnológicos *en cuanto a su inocuidad*, etc.". El Grupo Especial consideró a este respecto que la alegación de la Argentina de que no se permitía la comercialización de productos biotecnológicos importados, y si la de los productos correspondientes no biotecnológicos, no constituía, por sí sola, una base suficiente para establecer una presunción de trato menos favorable.

24. Los Estados Unidos destacan también a este respecto que no sugieren que la "intención subjetiva" a que responde una medida sea un factor determinante. No obstante, conforme al enfoque adoptado por el Órgano de Apelación en anteriores diferencias relativas al artículo III, *es* pertinente realizar "un análisis completo y objetivo de la estructura y aplicación de la medida de que se trate a los productos nacionales en comparación con los importados" para determinar si lo que se pretende con la medida es proteger la producción nacional o alcanzar otro objetivo legítimo. En el presente caso las pruebas nos indican que el diseño, la arquitectura y la estructura del artículo 907(a)(1)(A) son compatibles con un enfoque admisible, basado en la salud pública, de la reglamentación de los cigarrillos. El objeto de ese artículo es prohibir ciertos tipos de cigarrillos que resultan especialmente atractivos a los jóvenes, pero no son demasiado utilizados por los adultos. El hecho de que la prohibición no afecte a los cigarrillos aromatizados con tabaco y los cigarrillos aromatizados con mentol no es una "anomalía" en el diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida. En el presente caso los hechos, considerados en su conjunto, ponen de manifiesto que el artículo 907(a)(1)(A) establece características del producto que no tienen nada que ver con el origen de los productos, y, en consecuencia no da a los cigarrillos importados, incluidos los cigarrillos indonesios, un trato menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares.

B. INDONESIA NO HA DEMOSTRADO QUE EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) SEA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

25. Para probar que se ha infringido el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la parte reclamante debe demostrar que la medida en litigio "restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo". Como se expuso en la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, a tenor del párrafo 2 del artículo 2, interpretado de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, una medida "restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo" si: 1) hay otra medida razonablemente al alcance; 2) que permite alcanzar el objetivo de la medida impuesta al nivel que el Miembro que la haya impuesto considera apropiado; y 3) esa medida es significativamente menos restrictiva del comercio. Indonesia no ha demostrado, ni podía demostrar, que existiera tal medida, y propone además una interpretación del párrafo 2 del artículo 2 que es incompatible con las normas usuales de

interpretación de los tratados recogidas en la Convención de Viena, y que, en consecuencia, no debe aceptarse.

26. El objetivo del artículo 907(a)(1)(A) es proteger la salud pública mediante la reducción de la prevalencia del consumo de tabaco entre los jóvenes, evitando al mismo tiempo las posibles consecuencias desfavorables asociadas a la prohibición de productos a los que son adictos decenas de millones de adultos. Esas consecuencias desfavorables son las posibles repercusiones de esa prohibición para las personas afectadas y el sistema estadounidense de atención de salud, así como para la sociedad en general debido a la expansión de un mercado negro que ya existe, como se explicaba detenidamente en la primera comunicación escrita de los Estados Unidos. El objetivo del artículo 907(a)(1)(A) es legítimo por todas las razones expuestas en ella.

27. Además, el nivel al que los Estados Unidos consideran apropiada la protección de la salud pública implica la eliminación del mercado de productos utilizados en una proporción mucho mayor por jóvenes -y no simplemente la imposición de restricciones al acceso a esos productos- pero no de productos a los que son adictos decenas de millones de adultos y cuya retirada precipitada del mercado podría provocar consecuencias negativas. Ese nivel se refleja en el artículo 907(a)(1)(A). Los Miembros tienen derecho a elegir "cuáles son los objetivos de política que desean perseguir y los niveles a los que desean perseguirlos".

28. El medio con el que el artículo 907(a)(1)(A) cumple su objetivo legítimo es la prohibición de productos que son usados en una proporción muchísimo mayor por los jóvenes sin prohibir productos a los que son adictos decenas de millones de adultos. En concreto, al prohibir únicamente los productos que sirven de cigarrillos "de habituación" para los fumadores jóvenes y que no son utilizados habitualmente por fumadores adultos, en concreto los cigarrillos con aromas característicos que resultan atractivos a los jóvenes, y no los productos a los que son adictos decenas de millones de adultos, en concreto los cigarrillos mentolados y los cigarrillos de tabaco normales, el artículo 907(a)(1)(A) cumple su objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes evitando al mismo tiempo las consecuencias desfavorables para la salud pública que pueden ir unidas a la prohibición de cigarrillos a los que son adictos decenas de millones de adultos.

29. El eje sobre el que parece girar la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2 es la afirmación de que el artículo 907(a)(1)(A) no cumple su objetivo legítimo, e Indonesia se ha limitado a hacer brevemente referencia a la posible existencia de otras medidas alternativas. Por ello, los Estados Unidos consideran que no ha intentado en absoluto establecer una presunción *prima facie*, ni, por supuesto, la ha establecido. No cabe ninguna duda de que corresponde a Indonesia la carga de probar cada uno de los elementos de una presunción *prima facie*. La demostración correspondiente requiere que se presenten pruebas suficientes de que hay razonablemente al alcance una medida alternativa que es significativamente menos restrictiva del comercio y que permite alcanzar el objetivo de la medida impuesta al nivel que los Estados Unidos consideran apropiado.

30. Indonesia describe en repetidas ocasiones erróneamente el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) como la "reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes". Esa descripción es una burda simplificación del objetivo de ese artículo, en el que se establece un equilibrio entre diversas consideraciones de salud pública que suscita la utilización de diversas clases de productos.

31. El Órgano de Apelación ha indicado que, al determinar el objetivo de una medida, los grupos especiales deben centrarse en el texto, el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida. Conforme a su texto, diseño, arquitectura y estructura reveladora, el artículo 907(a)(1)(B) establece distinciones entre productos y prohíbe algunos, en tanto que permite que otros sigan produciéndose y vendiéndose en los Estados Unidos. Por consiguiente, su texto refleja un equilibrio entre intereses contrapuestos, absolutamente coherente con las teorías sobre la formulación de una política racional de salud pública, en general y con las medidas de prevención del tabaquismo, en

particular. La historia legislativa del artículo 907(a)(1)(B) confirma este equilibrio complejo de intereses, aspecto éste que Indonesia pasa por alto en su análisis. En consecuencia, Indonesia yerra cuando prescinde de esta consideración compleja de diversos factores al afirmar que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) es simplemente "reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes".

32. Indonesia parece deducir también que el artículo 907(a)(1)(A) no cumple su objetivo del hecho de que no "reduce el consumo de tabaco entre los jóvenes" *suficientemente*, puesto que la medida no prohíbe también los cigarrillos aromatizados con mentol y los cigarrillos aromatizados con tabaco, que son los dos tipos de cigarrillos cuyo uso está más generalizado entre todos los grupos de edad, incluidos los consumidores comprendidos en la edad de iniciación. Los Estados Unidos han explicado detalladamente en ésta y en anteriores comunicaciones que no hay en los Acuerdos de la OMC ninguna disposición que obligue a los Estados Unidos -o a cualquier otro Miembro- a adoptar únicamente las medidas de salud pública que *eliminen* el riesgo al que tratan de hacer frente. De hecho, el Preámbulo del Acuerdo OTC aclara que no debe "impedirse" a ningún Miembro "que adopte las medidas ... para la protección de la salud y la vida de las personas ... a los niveles que considere apropiados".

33. Además, Indonesia no puede demostrar que el artículo 907(a)(1)(A) restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo aduciendo que ese artículo debe hacer una contribución mayor al mismo, sino que tiene que demostrar que cualquiera que sea su contribución a ese objetivo, el artículo 907(a)(1)(A) restringe el comercio más de lo necesario porque hay razonablemente al alcance otra medida que permite alcanzar los objetivos de ese artículo y es significativamente menos restrictiva del comercio. Solo si hay razonablemente al alcance otra medida que i) cumple el objetivo de la medida impuesta y ii) es significativamente menos restrictiva del comercio, puede llegarse a la conclusión de que esta última restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo. Indonesia no ha demostrado, ni puede demostrar, que exista una medida de ese género.

34. Indonesia parece sostener también que el artículo 907(a)(1)(A) no cumple su objetivo porque los Estados Unidos no han presentado pruebas de que los porcentajes de fumadores hayan disminuido desde que se estableció la prohibición el 22 de septiembre de 2009. Indonesia interpreta erróneamente tanto el análisis jurídico adecuado como las reglas sobre la carga de la prueba aplicables. En cuanto al primer aspecto, el párrafo 2 del artículo 2 permite a los Miembros adoptar reglamentos técnicos destinados a "alcanzar un objetivo legítimo" y no impone el requisito de que el Miembro que los adopta tenga pruebas de que la medida ha conseguido alcanzar su objetivo.

35. Indonesia sigue haciendo vagas referencias a "docenas" de medidas distintas aplicables a todos los cigarrillos, como las restricciones de la publicidad y otras medidas similares, pero no aporta pruebas de que alguna de esas medidas permita alcanzar el objetivo legítimo al nivel que los Estados Unidos consideran apropiado. En consecuencia, Indonesia no ha satisfecho la carga de demostrar *prima facie* que el artículo 907(a)(1)(A) restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo.

36. Las medidas alternativas que indica Indonesia no permitirían de hecho alcanzar los objetivos del artículo 907(a)(1)(A) al nivel que los Estados Unidos consideran apropiado; con arreglo a todas ellas, los cigarrillos de habituación con aromas característicos de caramelo, fruta, licor etc. seguirían encontrándose en el mercado. Los Estados Unidos imponen ya importantes restricciones a la publicidad, comercialización y venta de cigarrillos. El artículo 907(a)(1)(A) forma parte, juntamente con otras restricciones de la publicidad, comercialización y venta de cigarrillos en vigor en los Estados Unidos, de una estrategia global destinada a hacer frente a los problemas de salud pública unidos al hábito de fumar. Si los Estados Unidos sustituyeran un aspecto de esa estrategia global por otro -por ejemplo, renunciando al artículo 907(a)(1)(A) en función de restricciones que ya están en vigor en los Estados Unidos- esa sustitución reduciría la capacidad general de los Estados Unidos para hacer frente a los problemas de salud pública sumamente graves asociados al hábito de fumar. Cualquier medida que no elimine del mercado los cigarrillos con aromas característicos de caramelo,

fruta, licor, etc. que millones de adultos no fuman no cumple el objetivo legítimo al nivel que los Estados Unidos consideran apropiado.

37. Indonesia ha indicado implícitamente, aunque no las ha identificado formalmente, tres medidas alternativas que eliminarían los cigarrillos de habituación con aromas característicos de caramelo, fruta, licor, etc.: 1) la prohibición de todos los cigarrillos; 2) la prohibición de todos los cigarrillos, excepto aquellos que tengan un aroma característico de tabaco (conforme a esa medida estarían prohibidos los cigarrillos mentolados, los cigarrillos de clavo de olor y todos los demás cigarrillos aromatizados); y 3) la prohibición de todos los cigarrillos, excepto aquellos que tengan un aroma característico de tabaco, mentol o clavo de olor. No obstante, ninguna de esas medidas cumple suficientemente las condiciones requeridas, ni sirve de base para demostrar que el artículo 907(a)(1)(A) restringe el comercio más de lo necesario.

38. Ninguna de las dos primeras medidas citadas es menos restrictiva del comercio que el artículo 907(a)(1)(A) y mucho menos aún "significativamente" menos restrictiva, lo que basta para establecer que esas posibles medidas alternativas *no* son medidas razonablemente al alcance que sean significativamente *menos* restrictivas del comercio y permitan alcanzar el objetivo del artículo 907(a)(1)(A). En particular, aunque eliminarían del mercado los cigarrillos de habituación, eliminarían también cigarrillos a los que son adictos decenas de millones de adultos, por lo que no incluirían un componente crítico del objetivo del artículo 907(a)(1)(A), en concreto la evitación de las posibles consecuencias desfavorables para la salud unidas a la prohibición de cigarrillos a los que son adictos decenas de millones de adultos.

39. Indonesia hace referencia también a una tercera medida alternativa posible: la prohibición de todos los cigarrillos con excepción de aquellos que tengan un aroma característico de tabaco, mentol o clavo de olor. Esa medida no cumple el objetivo del artículo 907(a)(1)(A), por cuanto no eliminaría los productos utilizados en una proporción muchísimo mayor por los jóvenes, sino que permitiría que parte de esos productos (los cigarrillos de clavo de olor) siguieran encontrándose en el mercado.

40. Indonesia sostiene que, dada la "similitud entre el texto del artículo XX del GATT de 1994 y su apartado b), de un lado, y el texto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y su Preámbulo, de otro", el Grupo Especial debe atender a los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación que tuvieron en cuenta el artículo XX del GATT para entender el contenido de la obligación que impone a los Miembros el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La Unión Europea sostiene además que el Grupo Especial no debe detener su análisis en ese punto, sino que debe continuarlo y determinar si la medida es o no incompatible con la introducción del artículo XX del GATT para examinar si el Miembro ha actuado de manera compatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Ninguna de estas tesis está en conformidad con la Convención de Viena, y ambas deben ser rechazadas.

41. Con arreglo al texto del párrafo 2 del artículo 2 considerado en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo OTC, una medida "restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo" si hay razonablemente al alcance una medida alternativa que cumple los objetivos de la medida impuesta y es significativamente menos restrictiva del comercio. En consecuencia, para probar que la medida impuesta es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, Indonesia ha de demostrar: 1) que hay razonablemente al alcance una medida alternativa; 2) que esa medida cumple los objetivos de las disposiciones estadounidenses al nivel que los Estados Unidos han considerado apropiado; y 3) que dicha medida es significativamente menos restrictiva del comercio.

42. En lugar de seguir una interpretación del párrafo 2 del artículo 2 basada en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, Indonesia adopta una interpretación de ese precepto basada en la que han dado anteriores grupos especiales y el Órgano de Apelación al artículo XX del GATT de 1994. No sería procedente aplicar el mismo enfoque interpretativo que han seguido los grupos especiales y

el Órgano de Apelación en relación con el término "necesarias" que figura en el artículo XX del GATT de 1994 al analizar si una medida "restringe el comercio más de lo necesario" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En particular, el término "necesarias" se utiliza en el artículo XX del GATT de 1994 en un contexto muy diferente del contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Además, no hay en el texto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC ninguna base para aplicar a ese párrafo el enfoque interpretativo adoptado por los grupos especiales y el Órgano de Apelación con respecto al artículo XX del GATT.

43. La tesis de la Unión Europea de que el Grupo Especial debe aplicar la cláusula introductoria del artículo XX del GATT al determinar si una medida es o no compatible con el párrafo 2 del artículo 2 carece de fundamento por cuatro razones al menos. En primer lugar, esa tesis prescinde del principio más fundamental de la interpretación de los tratados, que exige que se examine el texto efectivamente utilizado por los redactores. La introducción del artículo XX es una norma dispositiva, a tenor de la cual cada una de las excepciones previstas en el artículo XX se entiende "a reserva de que" la medida cumpla los requisitos establecidos en ella. En cambio, el Acuerdo OTC contiene una formulación similar en su Preámbulo, pero el texto del Preámbulo no surte ningún efecto en virtud del Acuerdo, sino que puede utilizarse como instrumento de interpretación de sus normas dispositivas. En segundo lugar, la Unión Europea está simplemente en un error cuando afirma que su interpretación impediría "evaluaciones jurídicas dispares" de los dos Acuerdos. Por el contrario, la interpretación propuesta por la Unión Europea daría lugar a evaluaciones jurídicas diferentes. Con arreglo a la propuesta de la Unión Europea, todas y cada una de las medidas en materia de obstáculos técnicos al comercio habrían de cumplir los requisitos de la introducción del artículo XX. Pero no existe una prescripción similar en virtud de la cual cada medida comprendida en el ámbito de aplicación del GATT de 1994 haya de cumplir los requisitos de la introducción de su artículo XX, sino que esos requisitos sólo son aplicables en caso de que una medida sea incompatible con una obligación establecida en el marco del GATT y de que el Miembro demandado trate de justificar esa medida que de lo contrario sería incompatible con el GATT al amparo de una de las excepciones previstas en el artículo XX. En tercer lugar, la tesis de la Unión Europea prescinde de que la finalidad expuesta en el Acuerdo OTC (prevenir la adopción de medidas que establezcan una discriminación injustificable entre los Miembros) se aborda de hecho en las normas dispositivas de ese Acuerdo, aunque no en el párrafo 2 de su artículo 2. El párrafo 1 del artículo 2 se ocupa de ella al exigir que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país. De hecho, si se aceptara la tesis de la Unión Europea (y en consecuencia se incorporaran por vía de interpretación al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC los requisitos de la introducción del artículo XX), se privaría al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC de cualquier utilidad. En cuarto lugar, no sería sorprendente ni alarmante que el análisis en el marco del GATT de 1994 y el análisis en el marco del Acuerdo OTC llegaran a resultados diferentes con respecto a una misma medida. Uno y otro Acuerdo tienen textos distintos y establecen obligaciones diferentes, y en consecuencia pueden aplicarse de forma diferente a una misma medida. De hecho, si el GATT de 1994 se ocupara ya de todas las cuestiones abarcadas por el Acuerdo OTC, no habría tenido sentido la inclusión de este último entre los Acuerdos de la Ronda Uruguay.

ANEXO D

RESÚMENES DE LAS DECLARACIONES ORALES DE LAS PARTES EN LA PRIMERA Y SEGUNDA REUNIONES SUSTANTIVAS

Índice		Página
Anexo D-1	Resumen de la declaración oral inicial de Indonesia en la primera reunión sustantiva	D-2
Anexo D-2	Resumen de la declaración oral inicial de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva	D-8
Anexo D-3	Declaración oral final de Indonesia en la primera reunión sustantiva	D-14
Anexo D-4	Declaración oral final de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva	D-15
Anexo D-5	Resumen de la declaración oral inicial de Indonesia en la segunda reunión sustantiva	D-17
Anexo D-6	Resumen de la declaración oral inicial de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva	D-24
Anexo D-7	Declaración oral final de Indonesia en la segunda reunión sustantiva	D-30

ANEXO D-1

RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL INICIAL DE INDONESIA EN LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA

I. INTRODUCCIÓN

1. En la presente diferencia, Indonesia ha impugnado la "norma especial para los cigarrillos" del artículo 101(b), que prohibió la producción y venta en los Estados Unidos de determinados cigarrillos calificados de "aromatizados". Indonesia no se opone a que los Estados Unidos regulen la producción y venta de cigarrillos dentro de sus fronteras, ni cuestiona las medidas razonables destinadas a evitar el acceso de los menores a los cigarrillos, incluidos los de clavo de olor. La objeción de Indonesia se dirige contra una medida, en concreto la norma especial, que impone una prohibición total de los cigarrillos de clavo de olor procedentes de Indonesia, en tanto que establece escasas restricciones, o no establece ninguna restricción, con respecto a los cigarrillos ordinarios y a los cigarrillos mentolados, que se producen en los Estados Unidos y cuya utilización está bastante generalizada entre los menores. La norma especial es discriminatoria y restringe el comercio más de lo necesario para atender la preocupación de los Estados Unidos por el hábito de fumar entre los jóvenes.

II. EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III Y EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

A. TRATO MENOS FAVORABLE

2. Según los Estados Unidos, el párrafo 4 del artículo III únicamente prohíbe las medidas que dan un trato menos favorable a las importaciones "en función de su origen nacional". Al parecer, lo que los Estados Unidos quieren decir con esa expresión es que es necesario que esas medidas se apliquen con el fin de que "se proteja la producción nacional". A juicio de los Estados Unidos, los Miembros no pueden dar un trato menos favorable a las importaciones cuando con ello se pretenda proteger la producción nacional del producto similar.

3. El Órgano de Apelación declaró en *Chile - Bebidas alcohólicas* (citando su informe en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas II*) que no es necesario que los grupos especiales investiguen "las intenciones subjetivas que tiene en su mente el legislador o la persona que establece el reglamento". Lo importante es la manera en que se "aplique" la medida. Desde luego, en ningún informe de los grupos especiales o del Órgano de Apelación se ha declarado nunca que en el párrafo 4 del artículo III del GATT se establezca un criterio relativo al "trato menos favorable" y un segundo criterio relativo a "la protección de la producción nacional".

4. En *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* y en otros asuntos, el Órgano de Apelación se ha pronunciado con bastante claridad acerca de lo que es necesario para probar que ha habido una infracción del párrafo 4 del artículo III:

> "Deben darse tres elementos: que los productos importado y nacional en cuestión sean **similares**; que la **medida en cuestión** sea una '**ley** ... que afecte a la venta en el mercado interior ...'; y que los productos importados reciban un **trato 'menos favorable'** que el concedido a los productos similares de origen nacional".

5. En *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación consideró que dar un "trato no menos favorable" significa "otorgar al producto importado condiciones de competencia no menos favorables que al producto nacional similar" y en *CE - Amianto* constató además que "si existe un trato menos favorable del grupo de productos importados ... 'se protege' inversamente al grupo de productos 'similares' de origen nacional".

6. El Grupo Especial que examinó el asunto *México - Impuestos sobre los refrescos* constató que una medida mexicana que sometía a un impuesto del 20 por ciento el uso de edulcorantes distintos del azúcar de caña (como el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa) discriminaba a las importaciones, porque los edulcorantes producidos en México en el momento en que se adoptó el impuesto correspondían en su mayor parte al azúcar de caña, en tanto que casi el 100 por ciento de los edulcorantes importados consistían en jarabe de maíz con alta concentración de fructosa. El Grupo Especial analizó si la medida impugnada daba un "trato menos favorable" a las importaciones. Al hacerlo, no aplicó un criterio adicional en el que se atendiera a si el trato menos favorable se daba o no "en función del origen nacional" o a si con él se pretendía "proteger la producción nacional del producto similar", sino que analizó dos grupos de productos similares, uno correspondiente fundamentalmente a productos importados y otro a productos producidos en México, y examinó un régimen fiscal que, *de facto* aunque no *de jure*, se aplicaba a las importaciones y no al producto nacional similar, así como la forma en que la disparidad del trato fiscal penalizaba a los consumidores del producto importado, y basándose únicamente en todos esos elementos constató la existencia de un trato menos favorable.

7. En el presente caso, si los Estados Unidos tienen dificultades para prohibir los cigarrillos mentolados, no pueden prohibir tampoco los cigarrillos de clavo de olor. ¿Por qué los Estados Unidos no prohibieron los cigarrillos mentolados? Porque Philip Morris se opuso. Philip Morris presionó al Congreso ... y, en palabras de un analista del sector, el Congreso "claudicó". El Presidente de uno de los comités competentes del Congreso que examinaron el proyecto de ley, el Representante John Dingell, cuando tuvo oportunidad de formular observaciones sobre la propuesta de prohibir los cigarrillos mentolados, no manifestó preocupación por la posibilidad de expansión del mercado negro o de que esa medida supusiera una carga excesiva para el sistema público de atención de salud de los Estados Unidos debido al número de personas que tratarían de recibir asistencia al abandonar el hábito de fumar, sino que se refirió a la posible pérdida de empleos ... en el sector estadounidense productor de cigarrillos mentolados.

B. PRODUCTO SIMILAR

8. Una cuestión fundamental que se plantea al Grupo Especial es si los cigarrillos de clavo de olor son "similares" a cigarrillos producidos en los Estados Unidos que no han sido prohibidos por la norma especial. En este caso, la cuestión de la toxicidad de los cigarrillos de clavo de olor en comparación con la de los cigarrillos nacionales está fuera de lugar. Los Estados Unidos han admitido que los cigarrillos de clavo de olor no son más peligrosos o más tóxicos que los cigarrillos aromatizados con mentol o tabaco. Como declaró el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Amianto*, los productos similares comparten generalmente "una serie de *características* o *cualidades* idénticas o parecidas" suficiente para estar en una relación de competencia recíproca.

9. Los cigarrillos de clavo de olor, los cigarrillos mentolados y los cigarrillos ordinarios tienen las mismas *propiedades* y *características*: utilizan sustancias aromatizantes especiales en combinación con tabaco para conseguir el aroma concreto deseado, y se presentan a los consumidores con una envoltura de papel dotada de un filtro. Los tres tipos de cigarrillos se ajustan a la definición estadounidense de cigarrillo y están incluidos en la misma categoría por tamaño/peso a efectos fiscales. Los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados contienen también ingredientes alimenticios como chocolate, regaliz, azúcares, miel, jarabe de arce, jugos, café, aceite de maíz y vinagre en cantidades significativas. Los aromatizantes utilizados en los cigarrillos "de liga americana" son muy similares a los contenidos en la "salsa" de los cigarrillos de clavo de olor: vainilla, azúcares, menta, regaliz, concentrados de frutas y licor. Los Estados Unidos alegan que el eugenol que contienen los cigarrillos de clavo de olor adormece la garganta y ayuda a hacer tolerable la inhalación de humo a los fumadores no iniciados. Las últimas investigaciones realizadas en animales han arrojado dudas al respecto, y, lo que es más importante, en el caso de los cigarrillos mentolados se han planteado también preocupaciones parecidas.

10. Indonesia acepta que el uso final de los cigarrillos es, en último término, fumar tabaco para que la nicotina pase al cuerpo. Los Estados Unidos han sugerido que la diferencia de la composición física de los cigarrillos de clavo de olor hace diferente la experiencia de fumar, porque las caladas de quienes fuman este tipo de cigarrillos son más profundas y frecuentes. Un informe de 1988 del Director de Sanidad llegó a la conclusión de que los fumadores se exponen a la cantidad de humo necesaria para obtener una determinada cantidad de nicotina que les resulta satisfactoria. Los datos del estudio confirman que los niveles de nicotina en sangre y la frecuencia cardíaca eran exactamente los mismos después de haber fumado un cigarrillo de clavo de olor y después de haber fumado un cigarrillo ordinario. No hay datos que demuestren que la "experiencia" de quienes fuman cigarrillos de clavo de olor sea distinta de la de quienes fuman cigarrillos mentolados u ordinarios, ni de que la cantidad de nicotina absorbida en uno y otro caso sea distinta.

11. Ante todo permítanme decir que los Estados Unidos están en un craso error cuando alegan que los cigarrillos de clavo de olor son fumados sobre todo por jóvenes (Estados Unidos, párrafo 185). Los Estados Unidos no aportan una sola prueba que lo demuestre. El *Klein Study* se centró en la utilización de tres marcas ampliamente comercializadas, dos de ellas de cigarrillos mentolados. Ninguna de esas tres marcas es una marca de cigarrillos de clavo de olor. Ese estudio no aportó ningún dato sobre la utilización de cigarrillos de clavo de olor por los jóvenes o por los adultos. No es razonable concluir que sus resultados son aplicables a todos los cigarrillos aromatizados.

12. Los Estados Unidos citan otros varios estudios para probar que los cigarrillos de clavo de olor son "fumados sobre todo por jóvenes". El *Nacional Youth Tobacco Study* y el estudio *Monitoring the Future* citados por los Estados Unidos ni siquiera miden la utilización de cigarrillos por adultos, que haría posible la comparación entre su utilización por jóvenes y por adultos. Además, los autores de *Monitoring the Future* declaran que "los investigadores han llegado a la conclusión de que la utilización del kretek por los jóvenes ha sido una moda pasajera que simplemente no ha arraigado entre ellos". En todos los estudios presentados por los Estados Unidos, el porcentaje de utilización de cigarrillos aromatizados con mentol por los jóvenes es muy superior al porcentaje de utilización de cigarrillos de clavo de olor.

13. Además, en lo que respecta al comportamiento de los consumidores, Indonesia y los Estados Unidos coinciden en que los consumidores de cigarrillos de clavo de olor fuman también cigarrillos ordinarios y mentolados. En *CE - Amianto* el Órgano de Apelación explicó que el análisis del comportamiento de los consumidores se centraba en el análisis de "la medida en que los consumidores están dispuestos a utilizar los [dos] productos" para cumplir las funciones de su uso final. Los Estados Unidos no han presentado ninguna prueba de que los consumidores no estén dispuestos a utilizar los tres tipos de cigarrillos para cumplir la función de su uso final, fumar. De hecho, los Estados Unidos admiten que el 75 por ciento de los fumadores de cigarrillos de tabaco normales y cigarrillos mentolados fumaba también cigarrillos de clavo de olor, lo que debería considerarse una prueba suficiente de que los consumidores están dispuestos a utilizar cigarrillos de clavo de olor, mentolados y ordinarios para su uso final, fumar, y que esos productos son "intercambiables" y "sustituibles" entre sí.

14. Los cigarrillos de clavo de olor, los cigarrillos mentolados y los cigarrillos ordinarios comparten la misma clasificación arancelaria internacional.

15. Ninguno de los aspectos planteados por los Estados Unidos indica la existencia entre los cigarrillos de clavo de olor, los cigarrillos mentolados y los cigarrillos ordinarios de diferencias que hagan que esos productos no sean "similares". Para ser "similares" los productos no tienen que ser idénticos. Las sutiles diferencias que señalan los Estados Unidos son insignificantes. Los Estados Unidos están pidiendo en realidad al Grupo Especial que constate que una taza de café con leche y azúcar no es similar a una taza de café solo o que un automóvil con tapicería de cuero no es similar a un automóvil con tapicería de tela.

III. CUESTIONES ADICIONALES EN RELACIÓN CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

16. Hay en los argumentos expuestos por los Estados Unidos en relación con la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC varios aspectos que preocupan a Indonesia. Los Estados Unidos no ponen en tela de juicio que el artículo 907 sea un "reglamento técnico" en el sentido del Acuerdo OTC. Por otra parte, han tratado de añadir al párrafo 4 del artículo III el requisito de que el trato menos favorable se conceda "en función del origen nacional". Por las razones que hemos expuesto, ese intento debe rechazarse. No entendemos cómo los Estados Unidos piensan que ese mismo requisito (o criterio) es aplicable al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Tenemos dificultades para comprender las supuestas diferencias "textuales" y "de contexto" entre el Acuerdo OTC y, según parece, el GATT.

17. Por último, Indonesia coincide con la tesis que al parecer han expuesto los Estados Unidos de que de la simple razón de que un grupo de productos esté sujeto a un reglamento técnico no puede deducirse automáticamente que se trata de productos "similares" en el sentido del Acuerdo OTC. Cabe perfectamente imaginar una situación en la que, por ejemplo, un reglamento técnico abarque los "productos alimenticios" o los "juguetes". No obstante, en el presente caso no debemos perder de vista que el artículo 907 se aplica a un subconjunto de productos muy concreto, el de los "cigarrillos aromatizados", y no a todos ellos, sino sólo a ciertos cigarrillos aromatizados.

IV. EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

18. Según el párrafo 2 del artículo 2, un reglamento técnico no puede restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar un "objetivo legítimo". Al hacer la evaluación correspondiente, los Miembros y los grupos especiales pueden tener en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Uno de los ejemplos específicos de "objetivos legítimos" que se citan en el párrafo 2 del artículo 2 es la "protección de la salud humana".

19. Según los Estados Unidos, el "objetivo legítimo" para prohibir los cigarrillos de clavo de olor fue a) reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes para proteger la salud pública, b) "teniendo en cuenta" al mismo tiempo las repercusiones "no conocidas, pero probablemente negativas" que tendría la prohibición de productos (los cigarrillos mentolados) de los que dependen decenas de millones de adultos. Los Estados Unidos afirman que, habida cuenta de la importancia que atribuyen a la salud pública, han optado por un elevado nivel de protección (la prohibición total de los cigarrillos de clavo de olor y de otros cigarrillos aromatizados).

20. Los Estados Unidos sostienen que Indonesia no ha demostrado que haya otra medida que permita alcanzar el objetivo legítimo de los Estados Unidos al nivel que éstos consideran apropiado y que sea además "significativamente" menos restrictiva del comercio que el artículo 907. Según los Estados Unidos "*jurídicamente* sólo puede considerarse que una medida que cumple su objetivo legítimo al nivel que el Miembro considera apropiado restringe el comercio más de lo necesario si el Miembro reclamante demuestra que hay razonablemente al alcance del Miembro demandado otra medida que le permite también alcanzar su objetivo legítimo al nivel que considera apropiado y que entraña una restricción del comercio *significativamente* menor que la medida impugnada".

21. No obstante, el único interrogante que se plantea en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC es el siguiente: ¿era "necesario" prohibir los cigarrillos de clavo de olor para proteger a los jóvenes contra el hábito de fumar? Por simple lógica, la respuesta debe ser negativa. Entre 2,2 y 2,5 millones de jóvenes menores de 18 años aproximadamente fuman cigarrillos en los Estados Unidos. De ellos 1,1 millones (es decir el 43 por ciento) fuman habitualmente cigarrillos mentolados, en comparación con 6.800 menores solamente que fuman habitualmente cigarrillos de clavo de olor. Si el objetivo, legítimo no, de la prohibición era proteger a los jóvenes contra el hábito de fumar y los Estados Unidos no prohibieron el tipo de cigarrillos que fuma la inmensa mayoría de los jóvenes

¿cómo podía ser realmente "necesario" prohibir el tipo de cigarrillo que la mayoría de ellos no fuma? O es necesario prohibir los cigarrillos aromatizados para proteger la salud pública o no lo es. Los Estados Unidos no pueden sostener las dos cosas al mismo tiempo.

22. Los grupos especiales y el Órgano de Apelación han declarado que un factor pertinente a la determinación de si una medida es o no "necesaria" para alcanzar un objetivo legítimo de salud pública es la contribución real de la medida al logro del objetivo. ¿No constituye la mejor prueba de que determinados cigarrillos son cigarrillos de iniciación o de habituación el hecho de que sean los cigarrillos que fuman con mayor frecuencia los menores? ¿Cómo puede contribuir la medida a reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, si no prohíbe los cigarrillos que fuman éstos?

23. Los Estados Unidos aducen que el criterio de "lo necesario" del párrafo 2 del artículo 2 no debe interpretarse a la luz del término "necesarias" del artículo XX del GATT, sino del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF. En concreto, consideran que el informe del Órgano de Apelación en *Australia - Salmón* impone la obligación de demostrar que hay otra medida distinta de la norma especial que 1) está razonablemente al alcance, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; 2) permite lograr el nivel apropiado de protección de la salud humana establecido por los Estados Unidos; y 3) es significativamente menos restrictiva del comercio internacional que la medida impugnada.

24. Tenemos dificultades para entender las razones por las que el criterio de "necesidad" del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF es más esclarecedor para nuestros fines que el criterio de "necesidad" del artículo XX del GATT. En todo caso, aunque ese párrafo informe el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, sólo informa, en el mejor de los casos, parte de dicho párrafo. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 es preciso demostrar que el Miembro ha identificado un objetivo de política pública y que la medida (el reglamento técnico) elegida permite "alcanzar" ese objetivo. Si la medida no tiene una relación racional con el objetivo y en consecuencia no permite "alcanzarlo", las cuestiones relativas a la necesidad y a la existencia de otras medidas que estén razonablemente al alcance carecen de sentido.

25. Lo mismo puede decirse en relación con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Si la medida no se establece y mantiene al nivel adecuado necesario para "alcanzar" el objetivo deseado, según se determine mediante un examen de los testimonios científicos en que esté basada la medida, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF, no procede entrar a examinar la cuestión de las medidas alternativas y de la existencia de medidas sanitarias o fitosanitarias que entrañen una restricción menor del comercio. Indonesia no está obligada a demostrar que había razonablemente al alcance otra medida distinta de la norma especial que habría cumplido la misma función y habría sido "significativamente" menos restrictiva del comercio que ella. No analizamos esa cuestión porque la medida en litigio (la norma especial) no permite alcanzar el objetivo identificado por los Estados Unidos, la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes.

26. La reiterada afirmación de que los cigarrillos de clavo de olor tienen por destinatarios a los jóvenes, les resultan especialmente atractivos y son cigarrillos "de iniciación" o "de habituación" para ellos no está respaldada por los hechos y carece de fundamento científico, y, por consiguiente, no hay una relación real entre la norma especial y el objetivo, legítimo o no, perseguido por los Estados Unidos.

V. ALEGACIONES ADICIONALES EN EL MARCO DEL ACUERDO OTC

27. Indonesia ha formulado alegaciones al amparo de los párrafos 5, 8, 9 y 12 del artículo 2 y del párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC. Ha demostrado que los Estados Unidos no han cumplido las obligaciones que les imponen cada uno de esos preceptos al adoptar y aplicar la norma especial. Los Estados Unidos sostienen que han cumplido sus obligaciones en relación con cada uno de los compromisos correspondientes. Pero si se considera que las medidas mínimas que han adoptado los

Estados Unidos son suficientes, esas disposiciones del Acuerdo OTC carecen en gran medida de sentido. Indonesia sostiene ante el Grupo Especial que, si el Acuerdo OTC tiene algún sentido, en relación con cada una de las alegaciones que ha formulado al amparo de los párrafos 5, 8, 9 y 12 del artículo 2 y del párrafo 2 del artículo 13, seguramente se necesita algo más de lo que los Estados Unidos creen para cumplir las obligaciones derivadas de esos preceptos

ANEXO D-2

RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL INICIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS EN LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA

1. Los cigarrillos son un producto singular: generan una fuerte adicción, son muy utilizados, son nocivos para la salud pública y son un producto legal. La combinación de todos esos factores genera problemas complejos para los gobiernos que tienen a su cargo la protección de la salud pública y que se ven forzados a guardar un difícil equilibrio entre los efectos positivos y negativos de sus medidas. Dada la complejidad de la situación, no es sorprendente que los Estados Unidos, al igual que otros muchos países, hayan abordado el problema con un enfoque gradual, aplicando, medida por medida, requisitos y prohibiciones de alcance limitado en relación con aspectos concretos.

2. La *Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia* de 2009 ("Ley de control del tabaco") es una ley de lucha contra el tabaquismo en la esfera de la salud pública, que impone numerosas restricciones a las empresas fabricantes de cigarrillos y a otras empresas. Todas las prescripciones de la Ley de control del tabaco que limitan la venta, comercialización y publicidad de los cigarrillos son neutrales con respecto al origen. Todas ellas responden a la finalidad de proteger la salud pública mediante la reducción del consumo de tabaco, especialmente entre los jóvenes, y no protegen a las empresas estadounidenses contra la competencia extranjera ni las benefician económicamente de cualquier otra forma.

3. Los datos pertinentes de las encuestas que se recogen en la Prueba documental 53 presentada por los Estados Unidos ponen de manifiesto que la estructura de la utilización de los cigarrillos de clavo de olor y de otros cigarrillos aromatizados distintos de los mentolados es similar, y que esos productos son consumidos en una proporción abrumadoramente mayor por fumadores jóvenes. Así por ejemplo, los datos más fiables indican que el 5,5 por ciento de los fumadores de edades comprendidas entre los 12 y los 25 años fuman cigarrillos de clavo de olor, que sólo son utilizados por el 1 por ciento de los fumadores de 26 años o más. De forma análoga, la edad del fumador es un factor determinante del consumo de otros productos prohibidos, como los cigarrillos aromatizados con chocolate, cereza o vainilla. De los datos disponibles se desprende que casi el 12 por ciento de los fumadores de edades comprendidas entre los 12 y los 25 años fumaban esos tipos de productos aromatizados, que sólo eran utilizados por poco más del 6 por ciento de los fumadores de 26 años o más. En cifras absolutas, los datos indican que antes de la promulgación de la Ley de control del tabaco, relativamente pocos adultos fumaban como cigarrillos más consumidos por ellos cigarrillos de clavo de olor, con aroma de chocolate u otros cigarrillos aromatizados prohibidos. En cambio, según un amplio estudio, aproximadamente la tercera parte de los fumadores de edades comprendidas entre los 12 y los 25 años fumaban cigarrillos mentolados, que eran utilizados también por un porcentaje similar de fumadores de 26 años o más. En cifras absolutas, se estima que fuman cigarrillos mentolados más de 1,1 millones de fumadores de edades comprendidas entre los 12 y 17 años y 18 millones de fumadores de 18 años o más.

4. No obstante, en este debate estadístico, no podemos perder de vista que detrás de las cifras hay personas reales que se enfrentan al riesgo de padecer enfermedades graves e incluso de morir. Si no mejoran las tendencias actuales del hábito de fumar entre los jóvenes, más de 6 millones de personas que actualmente son jóvenes morirán prematuramente en los Estados Unidos a causa del tabaco. Pero habida cuenta de que millones de jóvenes fuman o corren el riesgo de empezar a fumar, una reducción, por pequeña que sea, de la prevalencia del consumo de tabaco entre los jóvenes se traduce en miles de vidas salvadas.

5. Al hacer frente a la crisis de salud pública provocada por el consumo de tabaco, los Estados Unidos, como todos los demás Miembros que estudian la adopción de una legislación para luchar contra el tabaquismo, deben aplicar medidas que guarden un difícil equilibrio que permita obtener

resultados positivos para la salud pública evitando al mismo tiempo sus posibles consecuencias negativas. El hecho de que el ámbito de aplicación del artículo 907(a)(1)(A) entrañe difíciles cuestiones de salud pública *no* significa que ese artículo plantee dificultades en lo que respecta a su compatibilidad con las normas de la OMC. Por el contrario, de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC, los Miembros pueden adoptar precisamente ese tipo de decisiones difíciles en relación con las medidas de salud pública. No hay en el Acuerdo sobre la OMC ninguna disposición que impida a los Estados Unidos basarse en razones de salud pública para elegir el alcance de la prohibición de productos nocivos.

6. Al aplicar el párrafo 4 del artículo III a una medida que establece distinciones entre productos similares, se plantean dos cuestiones básicas. En primer lugar ¿es tal la similitud entre los productos que haya de considerarse que se trata de "productos similares" a efectos del párrafo 4 del artículo III? En segundo lugar, aún en caso de que los productos estén en una relación de competencia y haya por otros conceptos suficiente semejanza entre ellos para que puedan considerarse "productos similares" ¿da la medida en litigio a los productos un trato diferente en función de su origen?

7. El Órgano de Apelación ha señalado que la determinación de la similitud en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 es, fundamentalmente, una determinación de la "naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos". Al analizar la "similitud" de los productos en el presente caso hay que tener presente que, por su propia naturaleza, los reglamentos técnicos establecen distinciones entre productos que son en general similares, y que es posible que los productos en cuestión no sean "similares" por razón de ese contexto reglamentario concreto. En anteriores informes en el marco del GATT y de la OMC se ha hecho un análisis de la "similitud" de los productos basado en cuatro criterios diferenciados. Los Estados Unidos desean recordar que el Órgano de Apelación ha considerado que esos criterios son sólo un instrumento para examinar la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos y, en el presente caso, para examinar la relación entre las características de los productos y el objetivo de salud en litigio.

8. Los cigarrillos de clavo de olor son diferentes de los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados. En primer lugar, los cigarrillos de clavo de olor tienen una composición física diferente de la de los cigarrillos de tabaco normales o mentolados, y las diferencias de composición física entre unos y otros tienen una relación directa con la forma en que los consumidores los diferencian y con sus distintas consecuencias para la salud pública. Lo fundamental es que los brotes de clavo representan aproximadamente el 40 por ciento de un cigarrillo de clavo de olor, lo que da a ese tipo de cigarrillos un aroma único y suave que resulta especialmente atractivo a los jóvenes fumadores. Los brotes de clavo contienen además una sustancia anestésica, conocida con el nombre de eugenol, que no está presente en el tabaco ni en el mentol. Los cigarrillos de clavo de olor contienen asimismo una "salsa" especial, que, según los fabricantes de esos cigarrillos, les da un sabor más "complejo" y "frutal", un aroma suave y un agradable retrogusto.

9. En segundo lugar, en lo que respecta a los hábitos y gustos de los consumidores, el Órgano de Apelación ha señalado que en los casos en que, como ocurre en el presente, las propiedades físicas no son similares, recae en el Miembro reclamante la "carga rigurosa" de probar que todos los elementos, considerados en su conjunto, demuestran que los productos son "similares". Indonesia no ha satisfecho la carga de la prueba en relación con este importante factor. Los cigarrillos de clavo de olor son fumados en los Estados Unidos por jóvenes fumadores deseosos de experimentar nuevas sensaciones. Un porcentaje muy pequeño de la población estadounidense fuma esos cigarrillos, cuya utilización es considerablemente mayor entre los jóvenes. En cambio, los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados son los elegidos por la casi totalidad de los 46 millones de adultos estadounidenses que son fumadores habituales. Indonesia no ha satisfecho la carga de probar que los cigarrillos de clavo de olor tratan de competir con los cigarrillos de tabaco normales y los cigarrillos mentolados en lo que respecta a los canales de distribución, el espacio en anaqueles o la cuota de mercado. Lejos de ello, los cigarrillos de clavo de olor se venden en tiendas especializadas y

se comercializan específicamente como un "artículo de placer" especial. El hecho de que sean fumados casi exclusivamente por jóvenes es un claro indicio de que se les considera, como se pretendía, un tentador artículo de placer para los jóvenes, muchos de los cuales quedarán enganchados a la nicotina. Con respecto a los fumadores habituales, los datos indican que las personas que manifestaron que fumaban cigarrillos de clavo de olor no consideraban en general que esos cigarrillos pudieran sustituir a los cigarrillos de tabaco ordinario o cigarrillos mentolados que consumían diariamente.

10. En tercer lugar, en cuanto a los usos finales, merece la pena destacar que los diferentes tipos de cigarrillos se utilizan en diverso grado para diferentes usos finales. Los cigarrillos se utilizan para fumar tabaco y para satisfacer la adicción a la nicotina. Los datos de las encuestas ponen de manifiesto que la gran mayoría de los fumadores estadounidenses consume regularmente cigarrillos de tabaco normales y mentolados (y no cigarrillos de clavo de olor). Los cigarrillos tienen también el uso final de generar una experiencia agradable unida al sabor del cigarrillo y al aroma del humo. Los fabricantes basan deliberadamente el diseño y la comercialización de los cigarrillos de clavo de olor en la experiencia única que estos cigarrillos generan.

11. En cuarto lugar, en lo que atañe a la clasificación arancelaria, en la Lista de los Estados Unidos anexa al GATT de 1994, que es parte integrante del Acuerdo sobre la OMC, los cigarrillos de clavo de olor y los demás cigarrillos están clasificados en subpartidas de ocho dígitos distintas.

12. El párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 obliga a los Miembros a no dar a los productos importados un trato menos favorable que el concedido a los productos nacionales similares. Conviene recordar que a tenor del párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994 los impuestos y medidas de reglamentación internos "no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional". El Órgano de Apelación ha explicado que ese párrafo establece un principio general que informa el resto del artículo III. Ese principio rector respalda la idea de que no debe interpretarse que el párrafo 4 del artículo III prohíba las medidas que pueden dar lugar a que se dé a algunos productos importados un trato diferente al concedido a algunos productos nacionales similares cuando el trato diferente no se establezca en función del origen nacional.

13. Al parecer, Indonesia no alega que el artículo 907 sea discriminatorio en sus propios términos. Tampoco ha aportado datos que demuestren que ese artículo, a pesar de ser neutral con respecto al origen en sus propios términos, entrañe una discriminación de hecho contra los cigarrillos importados. Un indicador de que una medida aparentemente neutral entraña en realidad un trato diferente en función del origen es el hecho de que los criterios reglamentarios aparentemente neutrales con respecto al origen se apliquen casi exclusivamente a los productos importados y no a los productos nacionales similares. Las circunstancias que concurren en el presente caso son distintas de las que concurrían en *México - Impuestos sobre los refrescos*. El artículo 907 no se aplica casi exclusivamente a los cigarrillos indonesios en comparación con los cigarrillos nacionales, sino que se aplica a grupos de cigarrillos, importados y nacionales. La consecuencia de la prohibición por los Estados Unidos de aromas característicos distintos de los de mentol o tabaco es que algunos tipos de cigarrillos, importados y nacionales, están prohibidos en el mercado estadounidense, y otros tipos de cigarrillos, importados y nacionales, no lo están. A tenor del artículo 907 se prohíben unos cigarrillos, importados y nacionales, y se permiten otros, también importados y nacionales.

14. La prohibición de aromas característicos es aplicable a una amplia gama de productos estadounidenses. El artículo 907 veda el acceso al mercado nacional a productos que los fabricantes de los Estados Unidos habían tardado varios decenios en desarrollar y que destinaban específicamente a los consumidores estadounidenses. Como revelan documentos del sector, los fabricantes estadounidenses de cigarrillos desarrollaron líneas de productos integradas por cigarrillos aromatizados con el fin de reclutar una nueva generación de fumadores en los Estados Unidos. Era necesaria una prohibición federal que impidiera a esos fabricantes lanzar al mercado varias marcas de cigarrillos aromatizados.

15. Como acabamos de exponer, el artículo 907 prohíbe productos importados y nacionales, y la prohibición de productos nacionales no es meramente simbólica. No obstante, incluso en aquellos casos en los que una medida da a la mayoría de las importaciones un trato diferente al concedido a la mayoría de los productos nacionales similares, ese trato diferente no constituye necesariamente un trato menos favorable. Recordando el principio rector del artículo III del GATT según el cual las medidas no deberían aplicarse de manera que se proteja la producción nacional, el Órgano de Apelación reconoció en *Chile - Bebidas alcohólicas* que en la determinación de que una medida se ha aplicado con fines de protección deben tenerse en cuenta "los fines de una medida, expresados objetivamente en el diseño, la arquitectura y la estructura de la medida", así como las posibles explicaciones del Miembro demandado para negar esos fines. En el presente caso, la medida en litigio es compatible con la legislación general estadounidense sobre el tabaco, de la que forma parte, y los Estados Unidos pueden dar una explicación concluyente de las razones por las que los cigarrillos de clavo de olor están sujetos a una prohibición que no se aplica a otros cigarrillos. Hay una clara relación entre la estructura del artículo 907 y la finalidad general de la Ley de control del tabaco de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes evitando al mismo tiempo posibles consecuencias negativas para la salud pública.

16. Observamos que Indonesia ha basado su conclusión con respecto al trato menos favorable en la afirmación de que el artículo 907 "crea condiciones desiguales de competencia" al prohibir un producto sin prohibir otros productos similares. Esa alegación debe rechazarse por dos razones. En primer lugar, Indonesia no ha aclarado cuáles son exactamente los cigarrillos que se comparan y no ha demostrado que los cigarrillos de clavo de olor compitan realmente con los cigarrillos a los que no afecta la prohibición. En segundo lugar, conforme al razonamiento seguido por el Órgano de Apelación en *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, el hecho de que la aplicación de una distinción reglamentaria pueda afectar a la relación de competencia entre productos importados y nacionales no hace que la medida infrinja las obligaciones del Miembro en materia de trato nacional.

17. La obligación de trato nacional establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC debe interpretarse de forma similar que el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Cada uno de esos Acuerdos sirve de contexto al otro, y los análisis realizados en el marco del artículo III son pertinentes a la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Los Estados Unidos destacan que el Acuerdo OTC proporciona el contexto para evaluar las cuestiones relativas al trato nacional en litigio en la presente diferencia. En primer lugar, el Preámbulo del Acuerdo OTC establece que ese Acuerdo debe interpretarse en consonancia con el derecho de los Miembros a adoptar medidas para proteger la salud pública. En segundo lugar, el Grupo Especial, al interpretar el párrafo 1 del artículo 2, debe tener especialmente en cuenta que la medida en litigio en la presente diferencia es un reglamento técnico. Como se ha señalado antes, los reglamentos técnicos, por su propia naturaleza, establecen diferencias entre productos que son en general similares y fijan criterios al respecto. En algunas circunstancias, esas distinciones entre los productos pueden dar lugar a que productos similares se conviertan en "no similares" y pueden afectar con frecuencia de forma diferente a productos que son en general similares.

18. Indonesia no ha aportado pruebas suficientes para demostrar cada uno de los elementos de la alegación que ha formulado al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En concreto, no ha presentado pruebas de que haya razonablemente al alcance otra medida que cumpla el objetivo legítimo de la medida impugnada y sea significativamente menos restrictiva del comercio que el artículo 907(a)(1)(A).

19. El objetivo de la Ley de control del tabaco es proteger la salud pública mediante la reducción del consumo de tabaco, especialmente entre los jóvenes. El medio con el que el artículo 907(a)(1)(A) cumple ese objetivo legítimo es la prohibición de productos "de iniciación" o "de habituación" utilizados en una proporción mayor por los jóvenes teniendo al mismo tiempo en cuenta las consecuencias desfavorables que podrían derivarse de la prohibición de productos a los que son

química y psicológicamente adictos decenas de millones de adultos. Los hechos confirman ese planteamiento. Los cigarrillos prohibidos en virtud del artículo 907(a)(1)(A) -incluidos los cigarrillos de clavo de olor -atraen en una proporción mucho mayor a los jóvenes y pueden considerarse adecuadamente como productos "de iniciación" o "de habituación" para los fumadores primerizos o los potenciales fumadores. Además, el hecho de que la medida permita que sigan vendiéndose los cigarrillos aromatizados con tabaco y los cigarrillos aromatizados con mentol limita al alcance de la prohibición y garantiza que la prohibición que reduce el consumo de tabaco entre los jóvenes sea adecuada para la protección de la salud pública y tenga en cuenta el riesgo de las consecuencias desfavorables que podrían derivarse de la prohibición de un producto al que son adictos decenas de millones de adultos. Esas consecuencias desfavorables podrían incluir una repercusión negativa en la salud de los fumadores adultos, efectos negativos en el sistema estadounidense de atención de salud y una expansión del ya existente mercado negro de cigarrillos, que a su vez tendría como consecuencia una menor seguridad de los cigarrillos, un acceso mayor de los jóvenes a ellos y un aumento de la delincuencia.

20. Indonesia no ha satisfecho la carga que le incumbe de probar que hay razonablemente al alcance otra medida que cumpla el objetivo legítimo de salud pública del artículo 907(a)(1)(A) y sea significativamente menos restrictiva del comercio que la medida impugnada. El Miembro reclamante no satisface la carga de establecer una presunción *prima facie* mediante la simple remisión a otras medidas, sino que debe aducir, apoyándose en pruebas suficientes, que la medida alternativa satisface todos los elementos integrantes de la alegación.

21. La interpretación adecuada del párrafo 2 del artículo 2 se desprende del texto del propio párrafo, en su contexto y teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon su conclusión. Los Estados Unidos rechazan el intento de Indonesia de basarse en la interpretación del apartado b) del artículo XX del GATT como elemento que informa el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El término "necesarias" se utiliza en el apartado b) del artículo XX del GATT en un contexto diferente al del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y no sería procedente aplicar a ese párrafo la interpretación aplicada al apartado b) del artículo XX del GATT.

22. Indonesia no ha demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) infrinja obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del párrafo 4 del artículo III del GATT. En caso de que el Grupo Especial proceda a examinar la cuestión de las excepciones previstas en el GATT, la aplicación del artículo 907(a)(1)(A) estaría justificada en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT por cuanto dicho artículo está comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción prevista en el apartado b) y cumple los requisitos de la introducción.

23. El artículo 907(a)(1)(A) se promulgó para proteger la vida y la salud de las personas contra el riesgo que representa el hábito de fumar y forma por tanto parte de las políticas a que se hace referencia en el apartado b). Dado el grave peligro que representa para la juventud el hábito de fumar y el hecho de que el porcentaje de fumadores entre los jóvenes continúa manteniéndose a un nivel elevado, la prohibición en virtud del artículo 907(a)(1)(A) de determinados productos a los que cuadra perfectamente el calificativo de cigarrillos de iniciación es de hecho *necesaria* para la protección de la vida y la salud de las personas. Aunque no es preciso un análisis más detenido para demostrar que el artículo 907(a)(1)(A) es necesario para proteger la vida y la salud de las personas, algunos informes anteriores confirman que la medida estadounidense está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo XX. En primer lugar, el interés en juego -la protección de la vida y la salud de las personas- es fundamental. En segundo lugar hay una relación estrecha y real entre la medida y el objetivo de política a que responde, por cuanto la medida contribuye directamente a la protección de la vida y la salud de las personas, al impedir que se vendan en el mercado productos que representan un riesgo especial para los jóvenes. En tercer lugar, el peligro que entraña el hábito de fumar entre los jóvenes y el hecho de que el porcentaje de fumadores entre los jóvenes haya seguido siendo inaceptablemente alto a pesar de las numerosas restricciones que están ya en vigor no *atenúan*, sino que *refuerzan* el

carácter necesario de la prohibición. Por esas razones, el artículo 907(a)(1)(A) está comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción prevista en el apartado b) del artículo XX.

24. El artículo 907(a)(1)(A) cumple también los requisitos de la introducción del artículo XX del GATT, porque no constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, ni una restricción encubierta al comercio internacional. En primer lugar ese artículo no establece ninguna diferencia de trato entre países, y aun en el supuesto de que pudiera constatarse que la medida establece una discriminación, esa discriminación no podría considerarse "arbitraria" o "injustificada" dado que la medida se diseñó especialmente para hacer frente a un riesgo específico para la salud pública. En segundo lugar, el artículo 907(a)(1)(A) no constituye una restricción encubierta al comercio internacional. En particular, como hemos expuesto antes, la medida no tiene una finalidad proteccionista. Aunque prohíbe los cigarrillos indonesios de clavo de olor, el artículo prohíbe también a las empresas estadounidenses comercializar toda una línea de productos que han tardado varios decenios en desarrollar. El hecho de que empresas extranjeras fabriquen productos que presentan los mismos riesgos y a los que la medida afectó también no puede convertir a ésta en una medida proteccionista. En ese sentido, el artículo 907(a)(1)(A) cumple los requisitos de la introducción del artículo XX y, al estar comprendido en el ámbito de aplicación del apartado b), está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT.

ANEXO D-3

DECLARACIÓN ORAL FINAL DE INDONESIA EN LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA

1. Deseo agradecer al Grupo Especial la atención prestada a las cuestiones que Indonesia ha planteado en el presente asunto. Consideramos que se han sometido al examen del Grupo Especial importantes cuestiones jurídicas. Hay también muchos hechos controvertidos. Espero que el Grupo Especial preste especial atención a los hechos presentados y los analice detenidamente para encontrar la verdad. Considero que si lo hace, constatará que hay cuatro cosas ciertas:

- los cigarrillos de clavo de olor son similares a cigarrillos de producción nacional que no han sido prohibidos;
- los cigarrillos de clavo de olor no son más peligrosos que otros tipos de cigarrillos;
- la utilización de los cigarrillos de clavo de olor no está generalizada entre los jóvenes; esos cigarrillos no están tampoco destinados a los jóvenes, ni se han comercializado para ellos; y
- la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no está respaldada por los hechos y carece de justificación científica si no se prohíben los cigarrillos mentolados y otros cigarrillos cuyo uso está mucho más difundido entre los jóvenes.

2. Si estas cuatro cosas son ciertas, los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con los compromisos que han contraído en el marco del GATT y del Acuerdo OTC, y el Grupo Especial debe recomendar que pongan la norma especial para los cigarrillos en conformidad con sus compromisos en el marco de la OMC.

3. Deseo exponer muy claramente lo que Indonesia solicita en el presente asunto. Indonesia no pretende socavar los esfuerzos de los Estados Unidos para luchar contra el hábito de fumar y en especial contra el hábito de fumar entre los menores, ni propugna que los cigarrillos de clavo de olor puedan venderse en ese país sin ningún tipo de restricciones, y está dispuesta a atenerse a las normas que los Estados Unidos han adoptado, o adopten en el futuro, con respecto a la comercialización, la publicidad o el etiquetado, que se aplican a los cigarrillos ordinarios y los cigarrillos mentolados. Consideramos que los cigarrillos de clavo de olor son acreedores, al menos, a un estudio tan detenido como el que los Estados Unidos están realizando en el caso de los cigarrillos mentolados para determinar el enfoque reglamentario apropiado.

4. Pretendemos únicamente que se dé un trato justo a una rama de producción que reviste enorme importancia para Indonesia. Como indiqué en mi declaración inicial, 6 millones de personas aproximadamente están empleadas directa o indirectamente en Indonesia en la producción de cigarrillos y el cultivo de tabaco. Les doy las gracias en nombre de todos ellos y del Gobierno indonesio.

ANEXO D-4

DECLARACIÓN ORAL FINAL DE LOS ESTADOS UNIDOS EN LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA

1. Desearíamos centrarnos, para concluir, en algunos aspectos que Indonesia cuestiona o trata de minimizar, pero que consideramos esenciales para entender la presente diferencia.

2. En primer lugar, los Estados Unidos hacen frente a un producto peligroso por su propia naturaleza, que supone un complejo problema de salud pública para los Estados Unidos y en realidad para todos los países que tratan de reducir las consecuencias nocivas del tabaco. Es importante tener presente que la Ley de control del tabaco es una medida con la que se pretende abordar esta difícil cuestión y que el artículo 907(a)(1)(A) es sólo una disposición de esa medida más amplia. El artículo 907(a)(1)(A) es una medida de salud pública y establece distinciones entre productos por motivos de salud pública. Aborda el importante y difícil problema del consumo de tabaco entre los jóvenes, y su objetivo es reducir su incidencia teniendo en cuenta al mismo tiempo el riesgo de las consecuencias desfavorables que podrían derivarse de una prohibición general.

3. Observamos que Indonesia plantea la posibilidad, que desecha inmediatamente, de que las consideraciones de salud sean pertinentes porque los Estados Unidos reconocen que todos los cigarrillos son nocivos. Este planteamiento es erróneo. Lo que está en litigio en la presente diferencia son las consecuencias de los cigarrillos aromatizados para la salud, y en concreto el hecho de que los aromatizantes (incluido el clavo de olor) tienen un especial atractivo para los jóvenes y los alientan a empezar a usar este producto nocivo y a convertirse en adictos a él.

4. En segundo lugar, Indonesia afirma frecuentemente que el artículo 907(a)(1)(A) es una prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. No lo es. Es una prohibición de los cigarrillos aromatizados que atraen a la juventud. Los cigarrillos de clavo de olor son un tipo de cigarrillos aromatizados y por ello están sujetos a la prohibición.

5. Indonesia desearía también que el Grupo Especial considerara que los cigarrillos aromatizados distintos de los de clavo de olor no son pertinentes a la presente diferencia. De hecho, los cigarrillos de clavo de olor tienen varias similitudes importantes con los demás cigarrillos aromatizados prohibidos en virtud del artículo 907(a)(1)(A). Por ejemplo, en la comercialización de los cigarrillos de clavo de olor, como en la de otros cigarrillos aromatizados prohibidos, se hace hincapié en la especial experiencia placentera asociada al aroma característico de esos cigarrillos, y, como fruto de esfuerzos deliberados, esos cigarrillos resultan especialmente atractivos para los fumadores primerizos.

6. En tercer lugar, deseamos poner de relieve que los datos de las encuestas de que se dispone indican que los cigarrillos de clavo de olor son utilizados por un número considerable de jóvenes fumadores que están en la "etapa de iniciación" y por una proporción muchísimo mayor de fumadores jóvenes que de fumadores mayores de 26 años. Según los estudios realizados a escala nacional publicados, el 5 por ciento o más de los fumadores más jóvenes fuman cigarrillos de clavo de olor, en tanto que sólo un 1 por ciento o menos de los fumadores de 26 años o más los fuman. Conforme a ese desglose demográfico, que aclara la razón por la que los cigarrillos aromatizados son un objetivo lógico cuando se trata de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, los cigarrillos de clavo de olor son similares a los demás cigarrillos aromatizados.

7. En cuarto lugar, Indonesia alega que todo el peso del artículo 907(a)(1)(A) recae sobre los cigarrillos de clavo de olor. No es así. La prohibición ha afectado negativamente a una gama de cigarrillos estadounidenses, y sus efectos empezaron a dejarse sentir antes incluso de que entrara en vigor en 2009 el artículo 907(a)(1)(A). Para analizar los efectos de ese artículo no hay que atender

únicamente a lo que se vendía en 2009. Desde 2004 se debatieron en el Congreso proyectos de ese artículo, y las empresas estadounidenses fabricantes de cigarrillos eran plenamente conscientes de ello. Además, cigarrillos aromatizados ampliamente comercializados por la empresa estadounidense de cigarrillos RJ Reynolds fueron en 2006 el objeto de una controversia con varios Estados que alcanzó gran difusión.

8. Como suele decirse, esa controversia fue un aviso del cielo para las empresas fabricantes de cigarrillos. Las empresas cobraron conciencia de que la prohibición de los aromatizantes estaba próxima y empezaron a prepararse para adaptarse a la nueva situación. Con bastante frecuencia las empresas reaccionan ante una prohibición inminente antes de que ésta surta efecto. Con todo, en 2008 al menos cuatro empresas estadounidenses de cigarrillos producían todavía por lo menos 26 clases de cigarrillos aromatizados distintas. El Grupo Especial puede consultar a este respecto el párrafo de 51 de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos y la Prueba documental 52 presentada por los Estados Unidos.

9. En todo caso, el efecto práctico del artículo 907(a)(1)(A) consistió en que obligó a las empresas estadounidenses de cigarrillos a renunciar a toda una línea de productos destinada a atraer a los jóvenes. Como hemos señalado en numerosas ocasiones, los jóvenes, tanto los menores de edad como los adultos jóvenes, son el grupo de población más importante para las empresas de cigarrillos que tratan de mantener o incrementar su cuota de mercado. Lo cierto es que el peso de la medida recae en un grado considerable en las empresas estadounidenses.

10. Para concluir, destacamos que Indonesia, aunque ha formulado alegaciones generales acerca de la insuficiencia de las pruebas presentadas por los Estados Unidos, ha aportado por su parte escasas pruebas para fundamentar sus alegaciones, a pesar de que la carga de la prueba corresponde en primera instancia a Indonesia y no a los Estados Unidos. Cuando Indonesia ha aportado pruebas, como hemos expuesto en nuestras comunicaciones escritas y en la presente reunión, esas pretendidas pruebas no son fiables en relación con las observaciones a las que supuestamente respaldan.

11. En nombre de nuestra delegación, deseo agradecer al Grupo Especial y a la Secretaría su labor en la presente diferencia. Esperamos abordar de nuevo en nuestras futuras comunicaciones las cuestiones que hemos examinado y cualesquiera otras que plantee el Grupo Especial.

ANEXO D-5

RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL INICIAL DE INDONESIA EN LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA

1. Indonesia entiende que las normas de la OMC dejan a los Miembros un considerable grado de discrecionalidad para establecer sus políticas de reglamentación, especialmente en relación con cuestiones tan críticas como la protección de la salud pública. Indonesia ha declarado sistemáticamente en la presente diferencia que el intento de reducir el consumo de tabaco, especialmente entre los jóvenes, es un objetivo legítimo de salud pública. No obstante, las normas de la OMC establecen también claramente que la discrecionalidad de los Miembros no es ilimitada y que al adoptar medidas que restringen el comercio deben cumplir determinados requisitos. Los Estados Unidos no han cumplido esos requisitos. La norma especial es discriminatoria, con infracción de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio ("Acuerdo OTC") y restringe el comercio más de lo necesario, con infracción de lo dispuesto en el párrafo 2 de ese artículo; y los Estados Unidos, al adoptarla, no cumplieron otras disposiciones del Acuerdo OTC, con infracción de lo dispuesto en los párrafos 5, 8, 9, y 12 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 12.

I. ALEGACIONES RELATIVAS AL TRATO NACIONAL

2. Indonesia no afirma que los Miembros no puedan perseguir objetivos legítimos de política pública de manera gradual. No obstante, no es posible aplicar un enfoque gradual de la reglamentación si con arreglo a ese enfoque se da a los productos importados un trato menos favorable que el concedido a los productos nacionales similares. Los Estados Unidos manifiestan que sus medidas dejaron de lado "temporalmente" a los cigarrillos mentolados para estudiar la cuestión más detenidamente. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT no permiten un trato menos favorable "temporal". Además, lo "temporal" y lo "gradual" son cosas distintas.

A. ACLARACIÓN DE LOS HECHOS RELATIVOS AL TRATO NACIONAL

3. En su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos afirman que la norma especial tiene por destinatarios a las personas de edades comprendidas entre los 12 y los 26 años, porque a juicio de los funcionarios encargados de la salud pública, es la "etapa de iniciación" al hábito de fumar. Indonesia no está de acuerdo con los Estados Unidos en que la norma especial tenga por destinatarios a quienes tienen más de 18 años. La norma especial se dirige a los menores de 18 años, en consonancia con el propósito general de la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia ("la Ley de control del tabaco "). Indonesia no formula ninguna alegación con respecto a la validez general de una "etapa de iniciación" ni a las posibles ventajas de dirigir los esfuerzos para reducir el hábito de fumar a ese grupo de edad. Pero lo cierto es que ni la Ley ni la norma especial en concreto se dirigen, por sus propios términos, a ese grupo de la población.

4. El informe de la Cámara afirma claramente que los objetivos de la Ley de control del tabaco son "proteger la salud pública y reducir el número de menores de 18 años que utilizan productos de tabaco". El informe explica además que la finalidad de la norma especial es prohibir los cigarrillos con ciertos "aromas característicos" que atraen a los jóvenes.

5. Idéntico hincapié en la necesidad de poner freno a la utilización del tabaco por los jóvenes se hace sistemáticamente en otras disposiciones de la Ley de control del tabaco, destinadas a los jóvenes (17 años o menos) o a los adultos (18 años o más). No hay una sola disposición orientada a reducir el consumo de tabaco entre los adultos de edades comprendidas entre los 18 y los 26 años, ni hay en la

propia Ley ni en el informe de la Cámara referencia alguna a la reducción del consumo de tabaco en la "etapa de iniciación".

6. Los Estados Unidos aducen reiteradamente que "los cigarrillos de clavo de olor son utilizados por un número desproporcionado de jóvenes y no son utilizados por un gran número de adultos". Datos aportados por Indonesia y por los Estados Unidos demuestran que los cigarrillos de clavo de olor no son fumados por un número desproporcionado de jóvenes. De hecho, la Prueba documental 73 presentada por Indonesia pone de manifiesto que el porcentaje medio de fumadores de cigarrillos de clavo de olor es el mismo (un 0,3 por ciento) entre los jóvenes y entre los adultos. Incluso en caso de que el Grupo Especial tenga únicamente en cuenta los datos de los estudios que los Estados Unidos consideran "fiables", es evidente que no hay en la estructura de la utilización de los cigarrillos de clavo de olor ninguna característica peculiar que la distinga de la utilización de los cigarrillos mentolados u ordinarios. Los Estados Unidos se refieren a la Encuesta nacional sobre el uso de las drogas y la salud (*NSDU*) y señalan que en los años 2002 y 2003 puso de manifiesto que el porcentaje de jóvenes que habían probado los cigarrillos de clavo de olor era mayor que el de los adultos que lo habían hecho. Pero las mismas pautas de utilización se dan también en el caso de los cigarrillos mentolados y de los cigarrillos de tabaco normales. Indonesia ha aportado en su Prueba documental 75 pruebas de que el 51 por ciento de los jóvenes utilizan cigarrillos mentolados, pero ese porcentaje se reduce entre los adultos en casi 20 puntos porcentuales, hasta un 32 por ciento, lo que indica que los jóvenes fuman inicialmente cigarrillos mentolados y pasan a fumar otro tipo de cigarrillos cuando llegan a la edad adulta. Esta tendencia se registra también en relación con los cigarrillos en general. El Congreso de los Estados Unidos observó en sus conclusiones en la Ley de control del tabaco que más del 80 por ciento de los jóvenes fumaban una de tres marcas ampliamente comercializadas en el país -"Camel", "Marlboro" y "Newport"-, pero sólo el 54 por ciento de los adultos fumaban esas marcas. Por consiguiente, no hay en los datos de las encuestas relativos a la utilización de los cigarrillos por los jóvenes y por los adultos ningún elemento que respalde la conclusión de que los cigarrillos de clavo de olor son utilizados por un número desproporcionado de jóvenes y otros cigarrillos no.

7. Los Estados Unidos aducen que los datos correspondientes a quienes declaraban que fumaban cigarrillos de clavo de olor "con mucha frecuencia" no eran fiables, al pertenecer esos cigarrillos a la categoría de los cigarrillos "para ocasiones especiales", por lo que en esos datos no estaban adecuadamente reflejadas todas las personas que habían probado los cigarrillos de clavo de olor o los habían utilizado para tener una experiencia diferente. Indonesia rechaza la tesis de que los cigarrillos de clavo de olor sean únicamente cigarrillos "para ocasiones especiales". Los datos de la *NSDUH* correspondientes al período 2002-2009 revelan que hay un grupo pequeño, pero constante, de jóvenes y adultos que manifiestan que fuman con gran frecuencia cigarrillos de clavo de olor. Además, en la medida en que en los datos de la *NSDUH* sobre los cigarrillos fumados "con gran frecuencia" no estén reflejados los jóvenes que fuman esos cigarrillos ocasionalmente, tampoco lo están los adultos que lo hacen.

8. Los Estados Unidos aducen también que los datos de la *NSDUH* de 2002-2003, *Monitoring the Future* ("*MTF*") y el *National Youth Tobacco Study* ("*NYTS*") reflejan mejor la utilización por los jóvenes de cigarrillos de clavo de olor, porque en esas encuestas se pregunta por la utilización de cigarrillos de clavo de olor en el mes o en el año último. En su segunda comunicación escrita, Indonesia señaló numerosas contradicciones en los datos de esas encuestas, cuya rectificación reveló la existencia de un porcentaje de utilización de cigarrillos de clavo de olor menor que el inicialmente indicado en ellas. No obstante, aun suponiendo, a efectos de argumentación, que los porcentajes indicados por los Estados Unidos fueran ciertos, los resultados obtenidos siguen demostrando que no es en absoluto cierto que los cigarrillos de clavo de olor estén generalizados entre los jóvenes, y menos aún que la inmensa mayoría de quienes los fuman sean jóvenes. Por ejemplo, según el *NYTS*, el 11 por ciento de los fumadores encuestados (incluidos los adultos jóvenes menores de 21 años) había probado un cigarrillo de clavo de olor en los últimos 30 días. *MTF* constató que el 5,5 por ciento de los estudiantes de 12º grado (algunos de los cuales pueden tener 18 años) había probado un

cigarrillo de clavo de olor en el último año. La *NSDUH*, utilizando los datos de la encuesta de 2003 preferidos por los Estados Unidos, reveló que el 5 por ciento de los jóvenes fumadores había probado un cigarrillo de clavo de olor en los últimos 30 días. De estos datos se desprende que, como mínimo, cerca del 90 por ciento de los jóvenes fumadores ni siquiera había tenido entre sus manos un cigarrillo de clavo de olor. La situación descrita concuerda con la conclusión de los investigadores de *MTF* de que la utilización de cigarrillos de clavo de olor había sido "una moda pasajera que simplemente no ha [bía] arraigado" entre los jóvenes.

9. Sin embargo, las respuestas a esas preguntas no nos aclaran algunos aspectos decisivos para los interrogantes que se plantean a este Grupo Especial. Por ejemplo, no nos permiten saber si quienes dan una contestación afirmativa han fumado únicamente un cigarrillo o parte de un cigarrillo en una sola ocasión o fuman cigarrillos de clavo de olor habitualmente. De forma análoga, las preguntas de la encuesta no nos dicen en absoluto si la utilización del cigarrillo de clavo de olor correspondió a la primera ocasión en que el encuestado fumó un cigarrillo o si éste fumaba ya cigarrillos ordinarios o cigarrillos mentolados antes de probar un cigarrillo de clavo de olor. De hecho no hay forma alguna de saber por esas preguntas si los encuestados se hicieron o no adictos al tabaco. *Monitoring the Future* y el *National Youth Tobacco Study* no incluyen en la encuesta a los adultos, y, por tanto, no proporcionan absolutamente ningún dato que respalde la conclusión de que un número desproporcionado de jóvenes utilizan los cigarrillos de clavo de olor en comparación con el número de adultos que los fuman. Debido a este tipo de limitaciones, Indonesia considera importante examinar un conjunto de datos mucho más amplio que el presentado por los Estados Unidos.

10. En su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos vuelven a afirmar que los cigarrillos de clavo de olor son un producto "de iniciación" que favorece la adicción de los jóvenes a los cigarrillos. Al ser la parte que formuló la alegación de que esos cigarrillos son cigarrillos "de iniciación" que favorecen la adicción de los jóvenes a los cigarrillos, corresponde a los Estados Unidos la carga de aportar pruebas que la respalden. Los Estados Unidos no las han aportado. Lo que ponen de manifiesto los datos en la presente diferencia es que otros cigarrillos, y no los de clavo de olor, son los cigarrillos "de iniciación". A juicio de Indonesia, para determinar cuáles son los cigarrillos de iniciación lo mejor es preguntarse cuáles son los cigarrillos que más fuman los jóvenes. Los jóvenes fuman en un número mucho mayor cigarrillos aromatizados con mentol y cigarrillos aromatizados con tabaco que cigarrillos de clavo de olor. Los datos revelan que gran cantidad de jóvenes fuman cigarrillos mentolados y pasan a fumar otro tipo de cigarrillos cuando se hacen adultos. Los datos sobre los adultos que fuman actualmente cigarrillos de clavo de olor confirman también este extremo. Por ejemplo, las dos terceras partes del total de las personas que fuman actualmente cigarrillos de clavo de olor dicen que fumaron su primer cigarrillo de ese tipo más de un año después de haber fumado su primer cigarrillo, y sólo un 6 por ciento de ellos dicen que el primer cigarrillo que fumaron fue un cigarrillo de clavo de olor.

11. Los Estados Unidos hacen en su segunda comunicación escrita varias afirmaciones acerca de los problemas de salud pública relacionados con los cigarrillos aromatizados sujetos a la prohibición de la norma especial, incluidos los de clavo de olor. Esas afirmaciones se refieren a la atracción de los jóvenes por esos cigarrillos. En la sección D.1 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, éstos explican que las empresas fabricantes de cigarrillos desarrollaron, diseñaron y comercializaron en el decenio de 1990 cigarrillos con nuevos aromas para atraer a los jóvenes. Ninguna de las pruebas citadas al respecto se refiere a los cigarrillos de clavo de olor. Los cigarrillos de clavo de olor se han vendido en los Estados Unidos durante más de 40 años. No son un producto nuevo destinado a atraer a los jóvenes fumadores. Los cigarrillos de clavo de olor no se han comercializado nunca como un producto "de temporada" o de "edición limitada".

12. Los Estados Unidos citan también de forma selectiva el informe de la OMS en su análisis de las preocupaciones de salud pública que suscitan los cigarrillos aromatizados prohibidos por la norma especial. El informe de la OMS recomienda en última instancia diferentes enfoques reglamentarios con respecto a los cigarrillos con aroma de caramelo, de un lado (prohibición de la fabricación y

restricción de la comercialización) y a los kretek (cigarrillos de clavo de olor) y cigarrillos mentolados, de otro (educación sobre los aditivos de esos cigarrillos). Los pasajes del informe de la OMS citados por los Estados Unidos que se refieren a los cigarrillos de clavo de olor analizan las posibilidades que encierran los aromas de atraer a los consumidores. Indonesia coincide con los Estados Unidos en que "a los efectos del análisis que se realiza en la presente diferencia, los términos 'atracción' y 'uso' son equivalentes". Los datos no ponen de manifiesto que en general los consumidores se sientan atraídos por los cigarrillos de clavo de olor. El porcentaje de fumadores, jóvenes y adultos, que fuman de hecho cigarrillos de clavo de olor es muy pequeño.

B. ANÁLISIS DEL PRODUCTO SIMILAR

13. Indonesia ha aportado pruebas suficientes y ha expuesto suficientes argumentos para demostrar que los cigarrillos de clavo de olor son "similares" a los cigarrillos aromatizados con mentol y los cigarrillos aromatizados con tabaco. Indonesia ha establecido que los cigarrillos de clavo de olor tienen los mismos rasgos en lo que respecta a las características físicas, los usos finales, las preferencias de los consumidores y la clasificación arancelaria que los cigarrillos aromatizados con mentol y los cigarrillos aromatizados con tabaco. Ninguna de las afirmaciones hechas por los Estados Unidos pone de relieve la existencia entre esos tres tipos de cigarrillos de diferencias significativas que no permitan considerarlos "similares". En su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos afirman que las características físicas y los gustos y preferencias de los consumidores son especialmente pertinentes, debido a las consecuencias que tienen para la salud pública. Sin embargo, las diferencias que exponen los Estados Unidos en relación con esos factores son insignificantes y no afectan a la relación de competencia existente entre los cigarrillos de clavo de olor, de un lado, y los cigarrillos aromatizados con mentol o con tabaco de otro. Esas diferencias no demuestran tampoco que los cigarrillos de clavo de olor representen un riesgo extraordinario para la salud pública.

14. Los Estados Unidos presentan una vez más los brotes de clavo y la denominada "salsa secreta" como una diferencia significativa en lo que respecta a las propiedades físicas entre los cigarrillos de clavo de olor, de un lado y los cigarrillos aromatizados con mentol o con tabaco, de otro, y alegan que su presencia crea una diferencia de sabor y que, a consecuencia de ella, los consumidores no consideran que los cigarrillos de clavo y los cigarrillos aromatizados con mentol o con tabaco sean sustituibles entre sí. Ese análisis prescinde del hecho de que tanto los cigarrillos aromatizados con mentol como los cigarrillos aromatizados con tabaco tienen sus propios aromatizantes, que reciben también el nombre de "salsa" o "*casing*" (una determinada mezcla de ingredientes). La llamada "salsa secreta" de los cigarrillos de clavo de olor es muy similar a los ingredientes aromatizantes utilizados en los cigarrillos estadounidenses. Todos los fabricantes estadounidenses añaden aromatizantes a sus cigarrillos para diferenciar su sabor del de los demás. De hecho, Indonesia ha presentado pruebas de que los consumidores sustituyen en la práctica cada uno de esos tres tipos de cigarrillos por los demás. En realidad, Indonesia y los Estados Unidos coinciden incluso en que un porcentaje de fumadores de cigarrillos de clavo de olor comprendido entre el 75 y el 79 por ciento fuma también cigarrillos mentolados y cigarrillos ordinarios. Los Estados Unidos tampoco están en lo cierto cuando afirman que las diferencias de aroma hacen los cigarrillos de clavo de olor más atractivos para los jóvenes y menos atractivos para los adultos. Los datos que los Estados Unidos utilizan en apoyo de su afirmación prueban en realidad que, casi el 90 por ciento de los fumadores jóvenes (menores de 18 años de edad), como mínimo, no han probado nunca los cigarrillos de clavo de olor. Además, el porcentaje de adultos que utilizan cigarrillos de clavo de olor no es significativamente menor que el porcentaje de jóvenes que los utilizan.

C. TRATO MENOS FAVORABLE

15. Indonesia ha demostrado en su primera comunicación escrita y en su primera comparecencia ante el Grupo Especial que la norma especial da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el concedido a los productos nacionales "similares". Aunque es neutral en sus propios términos, la norma especial aboca a una discriminación *de facto* contra los productos

importados. La prohibición de aromas característicos no afecta a los cigarrillos aromatizados con mentol o aromatizados con tabaco. Ambos tipos de cigarrillos son fundamentalmente cigarrillos producidos en los Estados Unidos, en tanto que los cigarrillos de clavo de olor, que han sido prohibidos, se importaban predominantemente de Indonesia. Al prohibir los cigarrillos de clavo de olor y no los productos nacionales similares (cigarrillos aromatizados con mentol y cigarrillos aromatizados con tabaco), los Estados Unidos han modificado las condiciones de competencia en perjuicio de los cigarrillos de clavo de olor importados. De hecho, prácticamente todos los cigarrillos similares producidos en los Estados Unidos no han resultado afectados por las restricciones impuestas por la norma especial, por lo que ésta da lugar a una discriminación *de facto* contra los cigarrillos de clavo de olor importados.

16. Los Estados Unidos siguen afirmando que Indonesia debe demostrar que se da a los cigarrillos de clavo de olor un trato diferente en función de su origen. En la primera reunión con el Grupo Especial, Indonesia y varios terceros manifestaron su preocupación ante ese argumento. En ningún informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación se ha exigido nunca la prueba de un "trato menos favorable" y una segunda prueba de que el trato en cuestión se otorgue "en función del origen nacional".

17. Indonesia no está de acuerdo en que el análisis del "trato menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y del párrafo 4 del artículo III del GATT requiera un análisis separado de si la medida se aplica o no "de manera que se proteja la producción nacional". El Órgano de Apelación constató en *CE - Banano III* que "el párrafo 4 del artículo III *no* se refiere concretamente al párrafo 1 del artículo III. En consecuencia, la determinación con respecto a si ha habido o no una infracción del párrafo 4 del artículo III no exige que se considere separadamente si una medida 'proteg[e] la producción nacional'". Si no es necesario realizar un análisis separado al respecto en virtud del párrafo 4 del artículo III del GATT, no hay ningún fundamento para que se requiera ese examen en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que ni siquiera contiene esa frase.

II. EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

18. Indonesia ha establecido una presunción *prima facie* de que la norma especial es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Según el informe de la Cámara, el objetivo de la norma especial es la protección de la salud pública mediante la reducción del número de niños y adolescentes que fuman cigarrillos.

19. Como señaló Noruega en la primera reunión del Grupo Especial, en virtud de la norma especial "se prohíben determinados cigarrillos para promover la salud pública y se permiten otros, que tienen mayor difusión, al parecer también para promover la salud pública". Pero los Estados Unidos parecen haber basado su decisión de no excluir los cigarrillos aromatizados con mentol o los cigarrillos aromatizados con tabaco en virtud de la norma especial en hipotéticas consecuencias desfavorables, y ello a pesar de que hay gran cantidad de pruebas de que los cigarrillos mentolados son los verdaderos cigarrillos "de iniciación" para los jóvenes.

20. Los Estados Unidos pretenden añadir al objetivo de la norma especial la salvedad "evitando las *posibles* consecuencias desfavorables para la salud", pero no presentan ningún testimonio, científico o de otro tipo, de esos supuestos efectos desfavorables para la salud que se pretende evitar con la norma especial, lo que es debido a que, como reconocen los Estados Unidos, se trata de repercusiones "no conocidas, pero probablemente negativas". Al aducir esos efectos negativos, los Estados Unidos asumen sin más que si se prohibieran los cigarrillos mentolados, todos los que los fumaban acudirían inmediatamente al médico o recurrirían al mercado negro. Ambas partes han destacado la existencia de otras opciones al alcance de los fumadores de cigarrillos mentolados si

estos últimos hubieran sido incluidos en la prohibición, como pasar a fumar cigarrillos ordinarios o utilizar otros productos aromatizados con mentol, como los puros de mentol con filtro.

21. Indonesia no sostiene que sea necesario que la norma especial elimine el consumo de tabaco entre los jóvenes; pero sí que es necesario que haga una contribución importante al logro del objetivo perseguido por la medida. En el presente caso, la norma especial no puede hacer una contribución importante, por cuanto se limita a prohibir un tipo de cigarrillo que la mayoría de los jóvenes no fuma. Varios terceros han hecho la misma observación.

22. Los Estados Unidos insisten en que la norma especial era necesaria para impedir que las empresas fabricantes de cigarrillos lanzaran al mercado nuevos tipos de cigarrillos aromatizados. No obstante, de conformidad con el artículo 910(c) de la Ley de control del tabaco, el Departamento de Sanidad y Servicios Sociales (HHS) debe aprobar la introducción en el mercado estadounidense de los nuevos productos de tabaco. Esa disposición basta para impedir el acceso al mercado de nuevos cigarrillos aromatizados si el HHS considera que esos cigarrillos pueden atraer a los jóvenes.

23. Los argumentos expuestos por los Estados Unidos para refutar la presunción *prima facie* establecida por Indonesia en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no pueden prosperar, porque los datos no respaldan la tesis central de su defensa, según la cual la norma especial sólo prohíbe cigarrillos "de iniciación" utilizados por una proporción muchísimo mayor de jóvenes que de adultos. En consecuencia, la norma especial no contribuye de manera importante al logro del objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes y, por tanto, no prohibir los cigarrillos de clavo de olor no supondría ningún riesgo significativo para el logro del objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes perseguido por la medida. Dado que Indonesia ha demostrado que la norma especial no es necesaria, no es preciso examinar si hay al alcance otras medidas menos restrictivas del comercio.

24. No obstante, en caso de que el Grupo Especial no esté de acuerdo con lo anterior, Indonesia ha indicado varias medidas al alcance de los Estados Unidos que restringirían menos el comercio y que podrían aplicarse para limitar el acceso de los jóvenes a los cigarrillos de clavo de olor. Los Estados Unidos sostienen que "cualquier medida que no elimine del mercado cigarrillos con un aroma característico de caramelo, fruta, licor, etc. que no fuman millones de adultos no cumple el objetivo legítimo al nivel que los Estados Unidos consideran apropiado". Los Estados Unidos combinan el objetivo de la medida y los medios elegidos para alcanzarlo (es decir, la propia medida). El Grupo Especial debe rechazar esta afirmación interesada y examinar detenidamente las alternativas propuestas por Indonesia.

25. Cualquiera de las alternativas propuestas por Indonesia habría sido "menos restrictiva del comercio" que la prohibición total de la importación de cigarrillos de clavo de olor. Todas las alternativas propuestas estaban razonablemente al alcance de los Estados Unidos y podían lograr una reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes por cuanto: 1) figuraban ya en la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia y se habían considerado eficaces para evitar que los jóvenes fumaran cigarrillos aromatizados con mentol o cigarrillos aromatizados con tabaco; 2) habían sido adoptadas por los Estados Unidos en un contexto diferente para eliminar del mercado los cigarrillos aromatizados y podían haber sido incorporadas a la Ley; o 3) son utilizadas por otros países con el mismo fin de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes

III. OTRAS ALEGACIONES AL AMPARO DEL ACUERDO OTC

26. Indonesia ha establecido una presunción *prima facie* con respecto a las alegaciones que ha formulado al amparo de los párrafos 5, 8, 9 y 12 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 12. Los Estados Unidos no han satisfecho la carga de refutar las alegaciones de Indonesia en relación con esas disposiciones del Acuerdo OTC.

IV. DEFENSA DE LOS ESTADOS UNIDOS AL AMPARO DEL ARTÍCULO XX

27. En su primera comunicación escrita los Estados Unidos afirman que, de constatarse su incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT, la norma especial estaría no obstante justificada en virtud del artículo XX del GATT. Indonesia ha demostrado que la prohibición de la norma especial no es necesaria para reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes y constituye una restricción encubierta al comercio internacional. Por ello, si se constata que es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT, no es posible recurrir al artículo XX del GATT para justificarla.

ANEXO D-6

RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL INICIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS EN LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA

1. De la amenaza que representa el hábito de fumar y del hecho de que los cigarrillos son tan adictivos como la heroína o la cocaína *se desprende sin lugar a dudas* que un diseño del producto que haga a este más atractivo, por ejemplo mediante la adición de aromatizantes que le dan un aroma acre y dulce de caramelo, fruta o clavo de olor, *potencia sus efectos perjudiciales*. Por ello no es sorprendente que los expertos en salud pública y la Organización Mundial de la Salud, lo mismo que los datos de las encuestas realizadas en Estados Unidos, respalden la conclusión de que esos aromatizantes constituyen un problema de salud pública especialmente grave. Es cierto que todos los cigarrillos representan un problema de salud. Pero el hecho de que la adicción a esos productos sea tan grande, y de que su uso esté tan generalizado hace que prohibirlos totalmente sea enormemente difícil y complicado. Sencillamente no es responsable sostener, como hace Indonesia, que la eliminación de un producto tan adictivo y tan utilizado como los cigarrillos no puede producir consecuencias negativas para los fumadores, el sistema estadounidense de atención de salud y la sociedad en su conjunto. La Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia ("Ley de control del tabaco") es la última arma empleada por los Estados Unidos en la batalla que se libra contra el tabaquismo y su artículo 907(a)(1)(A) constituye un elemento razonable y pragmático de su estrategia global.

2. En su última comunicación Indonesia formula nuevas críticas de la caracterización que hacen los Estados Unidos de los datos de las encuestas. Todas las críticas que formula Indonesia carecen de fundamento. Sus técnicas de análisis de datos rebajan artificialmente las tasas de prevalencia y minimizan la importancia de los cigarrillos de clavo de olor en la iniciación al hábito de fumar, pero es incuestionable que la prohibición de los cigarrillos con aromas características de caramelo, fruta o clavo de olor del artículo 907(a)(1)(A) está en absoluta consonancia con los testimonios científicos de salud pública disponibles sobre el hábito de fumar, y las críticas que hace Indonesia de los datos de las encuestas no pueden alterar ese hecho

I. EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994 Y EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

3. Indonesia no ha demostrado que los cigarrillos de clavo de olor sean "similares" a los cigarrillos aromatizados con mentol o a los cigarrillos aromatizados con tabaco, ni ha fundamentado nunca su alegación de que los cigarrillos de clavo de olor compiten con los cigarrillos mentolados y los cigarrillos de tabaco normales en lo que respecta al "acceso a los canales de distribución, el espacio en anaqueles y la cuota de mercado". Desde el punto de vista de los productores indonesios de clavo de olor, los cigarrillos de clavo de olor en los Estados Unidos constituyen un mercado de "kretek" propio.

4. De forma análoga, Indonesia no ha demostrado que los consumidores estadounidenses consideren que los cigarrillos de clavo de olor son intercambiables con los cigarrillos de tabaco normales o con los cigarrillos mentolados. Lo único que alega Indonesia a este respecto es que cierto número de encuestados que manifestaron que fumaban cigarrillos de clavo de olor, dijeron también que fumaban cigarrillos mentolados o cigarrillos de tabaco normales. De hecho, las estadísticas sobre la utilización combinada de cigarrillos de clavo de olor y de cigarrillos de otro tipo están en consonancia con lo que revelan los datos de las encuestas: los consumidores jóvenes suelen utilizar los cigarrillos de clavo de olor para experimentar, y no como sustitutivos de otras marcas de cigarrillos. Un cigarrillo "de habituación" no es necesariamente el primer cigarrillo o el único cigarrillo que prueba un joven, sino un cigarrillo que -como los cigarrillos de clavo de olor- resulta más atractivo para los fumadores no experimentados, por lo que les alienta a seguir utilizando todos

los productos de tabaco. En contra de lo que ha manifestado Indonesia en la presente diferencia, los fabricantes de cigarrillos de clavo de olor comercializan sus cigarrillos como fuente de una experiencia única basada en la utilización de clavo de olor y tabaco.

5. En la presente diferencia, las diferencias existentes entre los cigarrillos de clavo de olor, de un lado y los cigarrillos de tabaco normales y mentolados, de otro, en lo que respecta a la competencia y a las percepciones de los consumidores, contrastan claramente con la relación de competencia entre los productos y las percepciones de los consumidores en el asunto *México - Impuestos sobre los refrescos*. El Grupo Especial encargado de examinar esa diferencia atribuyó importancia al hecho de que los productores y los consumidores elegían indistintamente uno u otro edulcorante, independientemente de las diferencias físicas entre ellos. En el presente caso, los consumidores perciben claramente la diferencia de sabor entre los cigarrillos de clavo de olor, de un lado, y los cigarrillos de tabaco normales y mentolados, de otro.

6. Indonesia no ha demostrado tampoco que los cigarrillos de clavo de olor sean "similares" a los cigarrillos de tabaco normales y mentolados desde el punto de vista de la salud pública, con arreglo al cual las pautas de uso constituyen un factor pertinente de "similitud". Los Estados Unidos han demostrado que en los Estados Unidos la estructura de la utilización de los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados es diferente de la estructura de la utilización de los cigarrillos aromatizados con mentol o de los cigarrillos aromatizados con tabaco. La alegación de Indonesia de que los cigarrillos de clavo de olor presentan "los mismos riesgos para la salud que los demás" no es compatible con el atractivo desproporcionado que tienen esos cigarrillos para los jóvenes fumadores. La propia Indonesia reconoce que los cigarrillos que "alientan a los nuevos fumadores jóvenes" pueden representar un "riesgo especial para la salud" y en consecuencia no deben considerarse "similares" a los demás cigarrillos.

7. Los Estados Unidos tenían una base sólida para llegar a la conclusión de que los cigarrillos de clavo de olor eran utilizados por una proporción muchísimo mayor de jóvenes que de adultos, por lo que representaban un riesgo especial para la salud. Esta conclusión está ampliamente avalada por investigaciones que han sido analizadas por otros expertos. Indonesia califica de "mito" estas constataciones sólidas y basadas en investigaciones, basándose en una interpretación errónea de las encuestas y en las opiniones no fundamentadas de un pequeño número de comentaristas.

8. Las críticas de Indonesia no debilitan ni refutan la conclusión razonable de que los cigarrillos de clavo de olor suponen un riesgo especial para los jóvenes y para la salud pública. En *CE - Amianto*, el Grupo Especial reconoció que su "cometido" no consistía en "dirimir un debate científico", sino en hacer una evaluación objetiva, basada en las pruebas presentadas, de si "una persona encargada de tomar medidas de salud pública llegaría a la conclusión razonable" de que existía un riesgo.

9. Como se puso de manifiesto en los asuntos *México - Impuestos sobre los refrescos* y *CE - Amianto*, la cuestión que se plantea a los grupos especiales no es si los productos son idénticos en abstracto, sino si son "similares" en el contexto y las circunstancias pertinentes. En el asunto *México - Impuestos sobre los refrescos*, se consideró que edulcorantes procedentes de diferentes plantas eran "productos similares", a pesar de sus diferentes características físicas, porque la diferencia no era perceptible para los productores y los consumidores. En el presente caso, como ocurría en el asunto *CE - Amianto*, las diferencias entre los cigarrillos de clavo de olor, de un lado, y los cigarrillos de tabaco normales y mentolados, de otro, están directamente relacionadas con la diferente percepción de los productos por los consumidores y el riesgo para la salud pública en litigio.

10. Aun dejando aparte el hecho de que no todos los cigarrillos son productos "similares", Indonesia tampoco ha demostrado la existencia de un trato menos favorable. Indonesia pretende haber establecido una presunción *prima facie* de "trato menos favorable" y afirma en ese sentido que "de hecho, prácticamente todos los cigarrillos producidos en los Estados Unidos no han resultado

afectados por las restricciones impuestas por la norma especial, por lo que ésta da lugar a una discriminación *de facto* contra los cigarrillos de clavo de olor importados". Esta conclusión está basada en un análisis fáctico y jurídico erróneo e incompleto.

11. En diferencias anteriores planteadas en el marco del GATT de 1994, cuando las medidas en litigio eran impuestos aplicados a productos que se había determinado que eran "similares", se ha solido atribuir una importancia considerable a la comparación entre la proporción de productos importados gravados con un impuesto mayor y la de productos nacionales sujetos a ese mismo impuesto. Sin embargo, ese factor ni acredita por sí solo un "trato menos favorable" ni es en todos los casos una prueba clara del mismo.

12. Por ejemplo, en los casos concernientes a normas de productos, la respuesta a la cuestión de si existe un trato menos favorable *de facto* requiere determinar si la norma de productos es legítima o es un medio para dar a los productos importados un trato menos favorable que el concedido a los productos nacionales; a este respecto, la proporción de productos importados que no cumplen la norma en comparación con los productos nacionales es pertinente, pero no constituye necesariamente un indicador tan sólido de la existencia de un trato menos favorable como lo sería en el contexto descrito *supra*.

13. El análisis del "trato menos favorable" exige examinar todos los datos pertinentes, con inclusión del objetivo y fin de la medida, así como si los supuestos efectos perjudiciales para las importaciones dependen de su origen nacional. En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación señaló que los Miembros pueden establecer distinciones entre productos que se haya determinado que son "similares" sin conceder por ello necesariamente un trato menos favorable a los productos importados. De forma análoga, en sus informes en *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos* y en *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Órgano de Apelación constató que cuando un supuesto efecto perjudicial para un producto importado no sea imputable a su origen nacional, ese efecto no prueba la existencia de un trato menos favorable. En la presente diferencia, la única prueba de "trato menos favorable" que ha presentado Indonesia consiste en que el artículo 907(a)(1)(A) prohíbe ciertos cigarrillos menos utilizados, extranjeros y nacionales, y no prohíbe otros más utilizados, extranjeros y nacionales. Indonesia no ha demostrado que el objetivo de la medida sea dar un trato especial a las importaciones y proteger la producción nacional. En el asunto *México - Impuestos sobre los refrescos*, no cabía duda de que las medidas de México estaban destinadas a penalizar a los productos estadounidenses en comparación con los productos mexicanos. En la presente diferencia, la medida en litigio -el artículo 907(a)(1)(A)- no es una medida fiscal destinada a penalizar a los productos importados, sino una medida de salud pública, basada en las pautas de uso de diferentes tipos de cigarrillos por los consumidores estadounidenses y vinculada a razones de salud pública.

14. En lo que respecta a los hechos, Indonesia hace únicamente una descripción parcial y engañosa de la forma en que la prohibición se aplica a los cigarrillos importados y a los nacionales. La prohibición se aplica en general a un pequeño grupo de cigarrillos que abarca cigarrillos importados y nacionales. Los cigarrillos de clavo de olor representaban aproximadamente el 0,1 por ciento del mercado estadounidense de cigarrillos. El artículo 907(a)(1)(A) prohíbe también otros cigarrillos aromatizados fabricados en los Estados Unidos, que, como los cigarrillos de clavo de olor, constituían una pequeña fracción del mercado estadounidense. Dicho de otro modo, el artículo 907(a)(1)(A) prohíbe un grupo relativamente pequeño de productos nacionales e importados y permite la venta de cigarrillos aromatizados con tabaco y cigarrillos aromatizados con mentol fabricados por productores estadounidenses y extranjeros. Como mínimo el 95 por ciento de los cigarrillos siguen estando permitidos en virtud del artículo 907(a)(1)(A). También Indonesia ha exportado a los Estados Unidos cigarrillos de tabaco normales que no contienen clavo de olor.

15. Las circunstancias que concurren en la presente diferencia no son, como sugiere Indonesia, enteramente semejantes a las que concurrían en el asunto *México - Impuestos sobre los refrescos*, en el que el 100 por ciento de los edulcorantes importados estaban sujetos a un impuesto mayor que el 100 por ciento de los edulcorantes de producción nacional. El Grupo Especial encargado de examinar ese asunto estimó que el hecho de que los productos importados considerados como un grupo estuvieran gravados con un impuesto mayor que los productos nacionales considerados como un grupo era una prueba clara de trato menos favorable *de facto*. Este enfoque es compatible con el análisis del Órgano de Apelación en *CE - Amianto*. En el presente caso, la línea divisoria que traza el artículo 907(a)(1)(A) entre los cigarrillos prohibidos y los no prohibidos no coincide con la que separa el grupo de los cigarrillos importados del grupo de los cigarrillos de producción nacional.

II. INDONESIA NO HA DEMOSTRADO QUE EL ARTÍCULO 907(a)(1)(A) SEA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

16. Indonesia sigue insistiendo en que el Grupo Especial, al interpretar el texto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, debe atender en primer lugar y principalmente a la interpretación que han dado los grupos especiales y el Órgano de Apelación al apartado b) del artículo XX del GATT. El planteamiento de Indonesia entraña varios problemas. El más evidente de ellos es que le fuerza a incluir dos veces el término "necesario" a pesar de que en el párrafo 2 del artículo 2 sólo se emplea una sola vez. Además, el segundo elemento, a juicio de Indonesia, introduce en el análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 numerosos criterios que no se reflejan en el texto de ese párrafo, incluida la determinación de si la medida hace una contribución importante al logro de su objetivo y de si constituye una discriminación arbitraria o injustificable entre países en que prevalezcan las mismas condiciones. Indonesia no explica, entre otras cosas, la razones por las que, a la luz de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2, el párrafo 2 del artículo 2 incluiría este elemento relativo a la discriminación. Lo que un Miembro debe hacer para actuar de manera compatible con el párrafo 2 del artículo 2 es, como dice el texto, asegurarse de que sus reglamentos técnicos no restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo. De conformidad con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, una medida no se ajusta a ese criterio si: 1) hay razonablemente al alcance otra medida, que; 2) cumple el objetivo de la medida al nivel que el Miembro que la ha impuesto considera apropiado; y 3) es significativamente menos restrictiva del comercio.

17. Indonesia formula otras tres críticas a la caracterización que hacen los Estados Unidos del objetivo del artículo 907(a)(1)(A). En primer lugar, alega erróneamente que el objetivo de la medida no es proteger a todos los que corren el riesgo de convertirse en fumadores adictos, sino sólo a quienes tienen 17 años o menos. El Órgano de Apelación ha declarado que al analizar el objetivo elegido por el Miembro importador, es necesario centrarse en el texto, el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida. El artículo 907(a)(1)(A) elimina del mercado estadounidense los cigarrillos con aroma característico de caramelo, fruta, clavo de olor, etc. De esa forma, la medida contribuye a proteger a todos los fumadores primerizos y potenciales a los que atraerían esos cigarrillos aromatizados, entre los que hay no sólo niños y adolescentes, sino también adultos jóvenes. En la Ley de control del tabaco y en sus antecedentes legislativos se hace referencia sobre todo a los niños y adolescentes porque constituyen un grupo de edad que desempeña un papel esencial en la reducción de los porcentajes de fumadores. Pero los niños y adolescentes no son los únicos que corren peligro de convertirse en fumadores adictos. En segundo lugar, Indonesia está en un error cuando alega que la evitación de las consecuencias negativas no forma parte del objetivo del artículo 907(a)(1)(A). Del texto, el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de ese artículo se desprende claramente que la medida establece distinciones entre productos, prohibiendo algunos y permitiendo que otros sigan vendiéndose en los Estados Unidos. En tercer lugar, Indonesia yerra cuando alega que el artículo 907(a)(1)(A) no prohibió los cigarrillos mentolados debido simplemente a la oposición de una determinada empresa estadounidense. No hay en el texto, el diseño, la arquitectura o la estructura reveladora de la medida nada que indique que eso fuera así.

18. Indonesia sigue sosteniendo que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 porque no cumple *suficientemente* su objetivo. De aceptarse ese argumento, dicho párrafo prohibiría a los Miembros seguir un enfoque gradual de reglamentación cuando las medidas de que se trate tengan efectos en el comercio. Ninguna disposición del Acuerdo OTC exige a los Miembros que persigan sus objetivos en toda su extensión. Por el contrario, como confirma el Preámbulo del Acuerdo, los Miembros pueden cumplir sus objetivos al nivel que consideren apropiado.

19. Indonesia alega que, como el artículo 907(a)(1)(A) "no contribuye de manera importante" a su objetivo, la cuestión de si existe una medida alternativa suficiente "carece de sentido". Alegando simplemente que el artículo 907(a)(1)(A) debe cumplir su objetivo de forma más completa, Indonesia no demuestra que ese artículo restrinja el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo, sino que para ello tiene que demostrar que, a cualquier nivel que los Estados Unidos hayan determinado que es apropiado para los objetivos a que responde el artículo, la medida restringe el comercio más de lo necesario porque hay razonablemente al alcance otra medida significativamente menos restrictiva del comercio que cumple, en el mismo grado al menos, los objetivos de dicho artículo. Indonesia tampoco ha aportado pruebas de que exista esa otra medida.

20. La referencia a los riesgos de "no alcanzar" el objetivo que se hace en la segunda frase indica a los Miembros que deben tener en cuenta esos riesgos. Además, Indonesia no está en lo cierto cuando afirma que el párrafo 2 del artículo 2 obliga al Miembro importador a evaluar el riesgo del producto importado. No es necesario que los Miembros basen sus reglamentos técnicos en evaluaciones del riesgo. El texto se refiere a los riesgos que crearía no alcanzar el *objetivo* y no a los riesgos que presenta un determinado *producto*.

III. INDONESIA NO HA DEMOSTRADO QUE LOS ESTADOS UNIDOS ACTUARAN DE MANERA INCOMPATIBLE CON LOS PÁRRAFOS 5, 8, Y 12 DEL ARTÍCULO 2 NI CON EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 12

21. Indonesia aduce que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 2. En primer lugar, Indonesia pasa por alto el hecho de que ese párrafo dispone que "a petición" de otro Miembro, un Miembro explicará la justificación del reglamento técnico a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 2. Indonesia nunca hizo una petición en tal sentido. Además, incurre también en error al considerar que el párrafo 5 del artículo 2 obliga al Miembro importador a hacer, en sus aspectos esenciales, un análisis jurídico completo de cada uno de los elementos y a proporcionar al Miembro exportador todos los datos científicos conexos. En segundo lugar, Indonesia no tiene razones para alegar que ha sufrido un perjuicio. Se le dio amplia oportunidad que, según tenemos entendido, aprovechó plenamente, de exponer sus opiniones a funcionarios del Gobierno de los Estados Unidos.

22. La alegación formulada por Indonesia en relación con el párrafo 8 del artículo 2 está fuera de lugar. En primer lugar, es completamente especioso que Indonesia dé a entender que sus productores no sabían si la medida prohibía o no su producto. No cabe duda de que el aroma de clavo es el aroma característico de los cigarrillos de clavo de olor. En segundo lugar Indonesia no ha citado ningún ejemplo de la forma en que la medida podría haberse articulado en función de las propiedades de uso y empleo, ni ha expuesto una razón por la que fuera "procedente" hacerlo. Desde luego, la Prueba documental 70 presentada por Indonesia no da respuesta a esta cuestión. Los Estados Unidos no entienden cómo puede considerarse que una medida que incorpora esta norma, que sólo pretende proporcionar un instrumento de comprobación, pone de manifiesto que la medida impugnada podría haberse redactado en términos fundamentalmente distintos, ni cuáles habrían podido ser esos términos.

23. Indonesia aduce que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2, pero no ha citado ni una sola razón por la que hubiera debido doblarse el plazo a seis meses, ni ha explicado por qué la prolongación de ese plazo habría sido compatible con el

objetivo de la medida impugnada. La Decisión Ministerial de Doha que constituye, en el mejor de los casos, un medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena, no impone un resultado diferente.

24. Indonesia alega a continuación que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 12. El riesgo de aumento del desempleo simplemente no puede considerarse una "necesidad especial", habida cuenta de que la tasa de desempleo de la población es motivo de preocupación para *cualquier* gobierno. Pero aún suponiendo que en este caso hubiera algún aspecto del empleo que entrañara una necesidad especial de los países en desarrollo, Indonesia no ha aportado *ninguna* prueba de que el artículo 907(a)(1)(A) tuviera *alguna* repercusión en el empleo en ese país, ni menos aún de las "graves repercusiones desfavorables" a las que se refiere en repetidas ocasiones. Los Estados Unidos actuaron de manera compatible con el párrafo 3 del artículo 12, al dar a Indonesia amplia oportunidad de dar a conocer sus opiniones al Gobierno de los Estados Unidos. No hay en el párrafo 3 del artículo 12 ninguna disposición que exija ese "algo más" que, según Indonesia, requiere ese párrafo.

IV. EL ARTÍCULO 907 ESTÁ JUSTIFICADO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

25. Los Estados Unidos han explicado exhaustivamente las razones por las que el artículo 907(a)(1)(A) estaría justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Ese artículo se promulgó para proteger la vida y la salud de las personas contra los riesgos derivados del hábito de fumar, y se trata de una medida necesaria para que no puedan venderse en absoluto en los Estados Unidos productos que son utilizados predominantemente como productos de habituación por los jóvenes, abocan a años de adicción y problemas de salud y pueden llevar a la muerte. Por las razones que hemos expuesto antes, el artículo 907(a)(1)(A) cumple también los requisitos de la introducción del artículo XX

26. Los Estados Unidos han expuesto datos científicos que avalan ampliamente la decisión pragmática adoptada por los Estados Unidos de prohibir los cigarrillos con un aroma característico, como los de caramelo, fruta y clavo y de no prohibir, por contra, determinados productos cuya prohibición precipitada podría tener graves consecuencias negativas. Indonesia solicita al Grupo Especial que adopte el enfoque opuesto e interprete que el Acuerdo sobre la OMC exige a los Estados Unidos elegir entre dos extremos: prohibir todos los cigarrillos o no prohibir ninguno. En su análisis de las pruebas, Indonesia pide además al Grupo Especial, de diversas formas, que pase por alto el hecho de que los cigarrillos son muy adictivos, entrañan grandes riesgos y son ampliamente utilizados por decenas de millones de personas. El planteamiento de Indonesia debe ser rechazado.

ANEXO D-7

DECLARACIÓN ORAL FINAL DE INDONESIA EN LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA

1. Deseo expresar mi agradecimiento al Presidente y a los miembros del Grupo Especial. Antes de ceder el micrófono al Embajador Erwidodo, quisiera hacer, como parte de la declaración final de Indonesia, algunas observaciones sobre la declaración final que acaban de hacer los Estados Unidos.

2. Indonesia discrepa fundamentalmente de todo lo que han afirmado los Estados Unidos, con la única excepción de la observación que han hecho en relación con la pregunta 11 del Grupo Especial. Coincidimos con los Estados Unidos en que se trata de una interesante pregunta y agradecemos al Grupo Especial que la haya formulado.

3. Durante la sesión de preguntas y respuestas que hemos celebrado hoy, hemos dado respuesta a esa pregunta. Como podrán recordar, hablamos de dos "escalas móviles", una de las cuales refleja el grado de restricción que implica una medida de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y otra la contribución de la medida al logro de su objetivo de conformidad con ese párrafo.

4. Al reflexionar sobre la nueva pregunta 11, se nos planteó la posibilidad de que estuviera relacionada con otra pregunta formulada por el Grupo Especial, relativa al alcance de la medida en litigio. Me refiero concretamente a la pregunta 23 a) planteada por el Grupo Especial a raíz de la primera reunión sustantiva con las partes.

5. Se preguntaba en ella si era correcto, "estrictamente hablando", decir que la medida de que se trata es aplicable "a todos los cigarrillos".

6. El Grupo Especial no debe confundir el supuesto objetivo de la medida expuesto por los Estados Unidos ante el Grupo Especial con la propia medida. Indonesia desea reiterar con la mayor firmeza posible que la medida impugnada -la llamada "norma especial"- no es aplicable a todos los cigarrillos, sino únicamente a ciertos cigarrillos aromatizados y, en la práctica se aplica sólo a los cigarrillos de clavo de olor procedentes de Indonesia. Por ejemplo, la norma especial no se aplica en mayor medida a los cigarrillos de producción nacional (los cigarrillos producidos en los Estados Unidos) aromatizados con tabaco o con mentol que a las bicicletas, los automóviles o los frigoríficos. De hecho excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los cigarrillos aromatizados con mentol y a los cigarrillos aromatizados con tabaco.

7. Se ha debatido la existencia de otros cigarrillos en el mercado cuando entró en vigor la norma especial. No obstante, los Estados Unidos, cuando se les presionó para que citaran otros cigarrillos producidos en ese país en 2009 a los que hubiera afectado la norma especial, incluidos otros cigarrillos aromatizados, sólo pudieron hacer referencia a una pequeña cantidad de cigarrillos producidos por una empresa llamada "Nat Sherman" que producía un tipo de cigarrillos denominado "Touch of Clove".

8. Así pues, hablando claramente, puede decirse que el peso de la prohibición de la producción y venta en los Estados Unidos de determinados cigarrillos aromatizados recayó casi exclusivamente sobre los cigarrillos de clavo de olor producidos en Indonesia.

9. La norma especial suprimió totalmente las importaciones estadounidenses de ese producto. Al hacerlo, dio a las importaciones un trato menos favorable que el concedido a un producto "similar" producido en el país, con infracción de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y

el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, porque modificó sin duda las condiciones de competencia en perjuicio del producto importado.

10. Cedo ahora la palabra al Embajador Erwidodo para que continúe formulando la declaración final de Indonesia.

11. Deseo reiterar, señor Presidente, mi sincero agradecimiento al Grupo Especial y al personal de la Secretaría por la atención que han prestado a las preocupaciones expuestas por Indonesia en el curso de esta reunión y a lo largo de la presente diferencia. Las disciplinas de la OMC y la posibilidad de impugnación de medidas en el proceso de solución de diferencias son esenciales para garantizar que las políticas de reglamentación adoptadas por un Miembro no entrañen una discriminación injusta contra las importaciones procedentes de otro Miembro. Ese proceso es esencial sobre todo para un país en desarrollo como Indonesia.

12. La prohibición por los Estados Unidos de los cigarrillos de clavo de olor ha tenido importantes repercusiones en un sector que emplea a 6 millones de personas en Indonesia. Indonesia considera que la prohibición por la norma especial de los cigarrillos de clavo de olor, pero no de los cigarrillos aromatizados con mentol o con tabaco, es incompatible con las obligaciones que imponen a los Estados Unidos el Acuerdo OTC y el GATT de 1994. Indonesia ha aportado pruebas y ha expuesto argumentos que demuestran todas y cada una de las alegaciones que ha planteado ante este Grupo Especial. Los Estados Unidos no han refutado de hecho las alegaciones de Indonesia, y en algunos casos ni siquiera han intentado hacerlo. En consecuencia, Indonesia pide al Grupo Especial que constate que la norma especial es incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC y con el párrafo 4 del artículo III del GATT. Solicita además que el Grupo Especial constate que al adoptar la norma especial los Estados Unidos infringieron los compromisos que han contraído en virtud de los párrafos 5, 8, 9 y 12 del artículo 2 y del párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC.

ANEXO E

SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL PRESENTADA POR INDONESIA

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS406/2
11 de junio de 2010

(10-3223)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA PRODUCCIÓN Y VENTA DE CIGARRILLOS DE CLAVO DE OLOR

Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia

La siguiente comunicación, de fecha 9 de junio de 2010, dirigida por la delegación de Indonesia al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, se distribuye de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

El 7 de abril de 2010, la República de Indonesia solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos de conformidad con los artículos 1 y 4 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD"), el artículo XXII del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* ("GATT de 1994"), el artículo 11 del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* ("Acuerdo MSF"), y el artículo 14 del *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* ("Acuerdo OTC"), con respecto a la medida adoptada los Estados Unidos por la que se prohíben los cigarrillos aromatizados, entre ellos los cigarrillos de clavo de olor. La República de Indonesia y los Estados Unidos acordaron celebrar esas consultas el 13 de mayo de 2010. Lamentablemente las consultas no resolvieron la diferencia.

La medida que fue objeto de consultas está recogida en el artículo 907 de la *Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia*[1] ("la Ley"), que prohibió la producción o la venta en los Estados Unidos de todos los cigarrillos con un "aroma característico" que no sea el mentol o el tabaco, con efecto 90 días después de la firma de la Ley. Indonesia considera que la medida discrimina contra los cigarrillos de clavo de olor importados basándose en el hecho de que los cigarrillos de clavo de olor que se vendían en los Estados Unidos se importaban (principalmente de Indonesia), mientras que la casi totalidad de los cigarrillos mentolados que se venden en ese país son de producción nacional (las importaciones son insignificantes). Considera también que la medida crea un obstáculo innecesario al comercio en el sentido de que los Estados Unidos disponen de medios que restringen menos el comercio para lograr los objetivos de la Ley.

[1] Ley Pública 111-31.

El Gobierno de Indonesia sostiene que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor en los Estados Unidos, al tiempo que quedan exentos de esa prohibición los cigarrillos mentolados, es incompatible con las disposiciones siguientes del GATT de 1994:

- El párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, porque la medida concede a un producto importado, los cigarrillos de clavo de olor, un trato "menos favorable" que el concedido a un producto nacional similar, los cigarrillos mentolados.

- El artículo XX del GATT de 1994, porque no hay información científica o técnica que indique que los cigarrillos de clavo de olor representan un riesgo mayor para la salud que los cigarrillos mentolados y, por consiguiente, la medida da lugar a una discriminación arbitraria e injustificable, a una restricción encubierta al comercio, y restringe el comercio más de lo necesario para lograr un objetivo legítimo, en caso de que existiera alguno.

Indonesia considera también que la medida es incompatible con las disposiciones siguientes del Acuerdo OTC:

- El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque la medida da lugar a un trato "menos favorable" para los cigarrillos de clavo de olor importados que el otorgado a un producto nacional similar, los cigarrillos mentolados.

- El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque no hay información científica o técnica que indique que los cigarrillos de clavo de olor representan un riesgo mayor para la salud que los cigarrillos mentolados o que los jóvenes fuman un número mayor de cigarrillos de clavo de olor que mentolados. Por consiguiente, la medida restringe el comercio más de lo necesario y constituye un obstáculo innecesario al comercio internacional.

- El párrafo 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque los Estados Unidos no respondieron a las preguntas de Indonesia pidiendo una explicación y justificación de la prohibición, formuladas durante las conversaciones bilaterales celebradas el 27 de agosto de 2009 y por conducto del Comité OTC el 20 de agosto de 2009 (documento G/TBT/W/323).

- El párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque la prohibición relativa a los aromas característicos se basa en características descriptivas.

- El párrafo 9 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque los Estados Unidos no cumplieron las prescripciones de los párrafos 9.1, 9.2, 9.3 y 9.4 del artículo 2 al adoptar un reglamento técnico que tiene un efecto significativo en el comercio de Indonesia.

- El párrafo 10 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque en caso de que los Estados Unidos hubieran considerado que había una justificación para no seguir el procedimiento establecido en el párrafo 9 del artículo 2, no notificaron a la Secretaría la medida ni la naturaleza urgente del problema.

- El párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque la fecha de entrada en vigor fue inferior a seis meses contados desde la promulgación de la prohibición.

- El párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC, porque la prohibición creó un obstáculo innecesario para las exportaciones de los países en desarrollo.

En caso de que los Estados Unidos afirmen que la prohibición de los cigarrillos aromatizados es una medida sanitaria o fitosanitaria, Indonesia considera que la medida es incompatible con los artículos 2, 3, 5 y 7 del Acuerdo MSF.

Además, la medida identificada en la presente solicitud ha anulado o menoscabado ventajas resultantes para Indonesia directa o indirectamente de los acuerdos mencionados.

Por consiguiente, el Gobierno de Indonesia solicita respetuosamente que de conformidad con el artículo 6 del ESD, el Órgano de Solución de Diferencias establezca un grupo especial, con el mandato uniforme previsto en el párrafo 1 del artículo 7 del ESD, para que examine el asunto.