

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 perjuicio 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 plantearse 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 - Sardinias*, 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 a 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 constatará 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 constatará 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 GATT⁵, 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 aplica¹⁶, 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 Apelación¹⁷, 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 constatará 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 'similitud' es relativo y evoca la imagen de un acordeón. El acordeón de 'similitud' 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 caso¹ 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 Indonesia⁵, 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 debe 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 productos 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 2⁴, 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 Apelación¹, 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 - Sardinias*, 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 *fuera*n 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 cardíaca 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 constatará 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 habría 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, entraña 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 "fiabiles", 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 'protege] 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 constatare 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 solidado 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 por 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.
