

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS406/R
2 de septiembre de 2011

(11-4166)

Original: inglés

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

Informe del Grupo Especial

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
II. ELEMENTOS DE HECHO	2
A. INTRODUCCIÓN	2
B. LA MEDIDA EN LITIGIO	2
C. CONTEXTO FÁCTICO.....	5
1. El régimen legislativo de los Estados Unidos por lo que respecta al control del tabaco	5
a) Historia de las medidas de control del tabaco en los Estados Unidos	5
b) El ámbito de aplicación de la FSPTCA	7
2. El mercado de cigarrillos en los Estados Unidos.....	8
3. Esfuerzos internacionales limitar el consumo de tabaco: el <i>Convenio Marco para el Control del Tabaco</i>	9
III. SOLICITUDES DE CONSTATAIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES	10
IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES	11
V. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS	11
VI. REEXAMEN INTERMEDIO.....	12
A. CONSIDERACIONES GENERALES.....	12
B. OBSERVACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE EL INFORME PROVISIONAL	12
1. Aspectos fácticos.....	12
2. <i>La cuestión de si el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC</i>	14
3. La cuestión de si el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC	21
4. La cuestión de si los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC	25
5. Observaciones varias	26
VII. CONSTATAIONES	26
A. INTRODUCCIÓN	26
B. ORDEN DE ANÁLISIS	27
C. LA CUESTIÓN DE SI EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) ES UN "REGLAMENTO TÉCNICO" EN EL SENTIDO DEL PÁRRAFO 1 DEL ANEXO 1 DEL ACUERDO	30
1. Argumentos de las partes	30
2. Análisis realizado por el Grupo Especial.....	31
a) Introducción	31
b) La disposición jurídica en cuestión.....	31

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

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

	<u>Página</u>
iii) <i>La cuestión de si Indonesia ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace una "contribución importante" al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes</i>	127
Introducción	127
La cuestión de si los cigarrillos de clavo de olor plantean un riesgo para la salud mayor que otros cigarrillos.....	128
La cuestión de si los jóvenes fuman cigarrillos de clavo de olor en cantidades significativas.....	129
La cuestión de si el hecho de que los Estados Unidos no hayan prohibido otros productos de tabaco aromatizados que tienen gran aceptación entre los jóvenes demuestra que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace ninguna "contribución importante" a la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes.....	130
La cuestión de si los testimonios científicos disponibles demuestran que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no servirá de mucho para disuadir a los jóvenes de fumar.....	131
Conclusión.....	139
iv) <i>La cuestión de si Indonesia ha demostrado que existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que representen una contribución equivalente al logro del objetivo, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos</i>	139
e) Conclusión general sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i>	143
G. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 2 DEL <i>ACUERDO OTC</i>	144
1. Argumentos de las partes	144
2. Análisis realizado por el Grupo Especial.....	148
a) Introducción	148
b) La disposición jurídica en cuestión.....	149
c) La cuestión de si Indonesia pidió a los Estados Unidos que ofrecieran una explicación del artículo 907(a)(1)(A) de conformidad con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del <i>Acuerdo OTC</i>	149
d) Conclusión	152
H. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 8 DEL ARTÍCULO 2 DEL <i>ACUERDO OTC</i>	152
1. Argumentos de las partes	152
2. Análisis realizado por el Grupo Especial.....	153
a) Introducción	153
b) La disposición jurídica en cuestión.....	154
c) Primera cuestión: la cuestión de si el párrafo 8 del artículo 2 obliga a los Miembros a aportar "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos.....	154
d) Segunda cuestión: la cuestión de si es "procedente" definir la prohibición de los cigarrillos de olor en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas.....	158

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

	<u>Página</u>
c) Ámbito de aplicación de la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 12 del <i>Acuerdo OTC</i>	187
d) Elementos de la obligación establecida en el párrafo 3 del artículo 12 del <i>Acuerdo OTC</i>	189
i) <i>Primer elemento: si Indonesia es un "país en desarrollo"</i>	189
ii) <i>Segundo elemento: si Indonesia tiene "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" que resultan afectadas por el artículo 907(a)(1)(A)</i>	190
iii) <i>Tercer elemento: si los Estados Unidos no "tuvieron en cuenta" las necesidades especiales de Indonesia en materia de finanzas, desarrollo y comercio</i>	191
e) Conclusión	195
VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	195

CUADRO DE ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LISTA DE ABREVIATURAS

<i>Acuerdo MSF</i>	<i>Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias</i>
<i>Acuerdo OTC</i>	<i>Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio</i>
CMCT	<i>Convenio Marco para el Control del Tabaco</i>
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
CTP	Centro para Productos de Tabaco
<i>Directrices parciales de la OMS</i>	<i>OMS, Directrices parciales para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio [CMCT]</i>
FDA	Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos
FFDCA	<i>Ley Federal sobre Alimentos, Medicamentos y Productos Cosméticos</i>
FSPTCA	<i>Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia</i>
GATT 1994	<i>Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994</i>
informe de la Cámara	Informe del Comité de Energía y Comercio de la Cámara, H.R. N°. 111-58, Pt. 1 (2009)
NSDUH	Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud
NYTS	Encuesta nacional sobre el consumo de tabaco entre los jóvenes
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
Orientaciones de la FDA	Orientaciones para la rama de producción y el personal de la FDA, preguntas y respuestas generales sobre la prohibición de cigarrillos que contienen aromas característicos
TPSAC	Comité Consultivo Científico sobre Productos de Tabaco

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A

RESÚMENES DE LAS PRIMERAS COMUNICACIONES ESCRITAS DE LAS PARTES

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

ANEXO B

RESÚMENES DE LAS COMUNICACIONES DE LOS TERCEROS

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

ANEXO C

RESÚMENES DE LAS SEGUNDAS COMUNICACIONES ESCRITAS DE LAS PARTES

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

ANEXO D

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

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

ANEXO E

**SOLICITUD DE ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL
PRESENTADA POR INDONESIA**

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

1.4 El mandato del Grupo Especial es el siguiente:

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

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

Presidente: Sr. Ronald Saborío Soto

Miembros: Sr. Ichiro Araki
Sr. Hugo Cayrús

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

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

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

¹ WT/DS406/1.

² WT/DS406/2.

II. ELEMENTOS DE HECHO

A. INTRODUCCIÓN

2.1 La presente diferencia concierne a una medida de control del tabaco³ adoptada por los Estados Unidos que prohíbe los cigarrillos con aromas característicos que no sean el tabaco o el mentol.

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

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

B. LA MEDIDA EN LITIGIO

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

"ARTÍCULO 907. NORMAS APLICABLES A LOS PRODUCTOS DE TABACO.

(a) EN GENERAL.-

(1) REGLAS ESPECIALES. -

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

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

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

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

2.5 La FSPTCA se promulgó como ley de los Estados Unidos el 22 de junio de 2009.⁶ Tal como dispone su texto, el artículo 907(a)(1)(A) entró en vigor tres meses después de la promulgación de la FSPTCA, es decir, el 22 de septiembre de 2009.

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

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

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

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

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

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

Los cigarrillos aromatizados son tan adictivos y tienen los mismos tipos de efectos nocivos que los cigarrillos ordinarios. La eliminación de esos productos aromatizados del mercado es importante porque cierra una vía que los jóvenes pueden

⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, nota 1.

⁷ H.R. Rep. N° 111-58, Pt. 1 (2009). Indonesia ha presentado el informe de la Cámara como su Prueba documental 2; los Estados Unidos han presentado el mismo informe de la Cámara como su Prueba documental 67.

⁸ Estados Unidos - Prueba documental 67, página 14.

⁹ Estados Unidos - Prueba documental 67, página 37.

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

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

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

"(3) Cigarrillo

El término 'cigarrillo'-

(A) significa un producto que-

(i) es un producto de tabaco; y

(ii) satisface la definición del término 'cigarrillo' que figura en el artículo 3(1) de la Ley Federal sobre Etiquetado y Publicidad de Cigarrillos; y

(B) incluye tabaco, en cualquier forma que sea funcional en el producto, que debido a su apariencia, al tipo de tabaco utilizado en el relleno, o a su embalaje y etiquetado, es probable que se ofrezca a los consumidores o sea comprado por éstos como un cigarrillo o como tabaco para liar.

(4) Tabaco para cigarrillos

La expresión 'tabaco para cigarrillos' significa cualquier producto que consista en tabaco suelto destinado a uso por los consumidores en un cigarrillo. Salvo indicación en contrario, las prescripciones aplicables a los cigarrillos en virtud del presente subcapítulo serán también aplicables al tabaco para cigarrillos."¹³

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

"(1) El término 'cigarrillo' significa-

(A) cualquier rollo de tabaco envuelto en papel o en cualquier sustancia que no contenga tabaco, y

(B) cualquier rollo de tabaco envuelto en cualquier sustancia que contenga tabaco que debido a su apariencia, al tipo de tabaco utilizado en el relleno, o a su embalaje y

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

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

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

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

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

C. CONTEXTO FÁCTICO

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

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

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

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

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

¹⁴ Orientaciones, respuesta a la pregunta 2 (Indonesia - Prueba documental 41).

¹⁵ Orientaciones, respuesta a las preguntas 3 y 4 (Indonesia - Prueba documental 41).

¹⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 79.

¹⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 80.

¹⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 81.

¹⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 83 y 84.

²⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 85-88.

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

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

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

2.18 En respuesta, el Congreso de los Estados Unidos elaboró normas destinadas concretamente a otorgar facultades a la FDA, y encomendó a ésta que aplicara a los productos de tabaco un criterio distinto del aplicado a cualquier otro producto o dispositivo que regulara. Tras la resolución de 2000 del Tribunal Supremo de que el criterio de "inocuo y efectivo" no podía aplicarse a los productos de tabaco sin obligar a eliminarlos del mercado, el Congreso de los Estados Unidos autorizó a la FDA a regular los productos de tabaco "como proceda para la protección de la salud pública".²⁷ En 2004 se presentó en el Senado y la Cámara de Representantes de los Estados Unidos un proyecto de ley que contenía una prohibición de los cigarrillos con aromas característicos que no fueran tabaco o mentol.²⁸ El proyecto de ley se reiteró varias a lo largo del período 2004-2009 hasta llegar a la versión definitiva de la ley que se promulgó como ley de los Estados Unidos en 2009.²⁹

²¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 48 (Estados Unidos - Prueba documental 35).

²² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 89-92.

²³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 103-110.

²⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 103.

²⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 103-105.

²⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 134.

²⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 106-110.

²⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 308.

²⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 90 y 308.

b) El ámbito de aplicación de la FSPTCA

2.19 La FSPTCA se promulgó en 2009 con el objetivo de proteger la salud pública otorgando a la FDA facultades para regular los productos de tabaco.³⁰ Además de ser el primer instrumento legislativo federal de los Estados Unidos³¹ que prohíbe la producción y venta de cigarrillos con ciertos aromas característicos, la FSPTCA impone importantes restricciones y prescripciones que afectan a la manera en que los productos de tabaco se fabrican, comercializan, distribuyen y venden, y también faculta a la FDA para adoptar nuevos reglamentos si procede.³²

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

2.21 La FSPTCA regula también la comercialización, por ejemplo estableciendo una gama de restricciones y prescripciones en materia de publicidad³⁴, exigiendo la presencia de etiquetas de advertencia gráfica y otras formas de divulgación³⁵, y autorizando a la FDA a establecer criterios y restricciones adicionales por lo que respecta al etiquetado, la publicidad y la promoción de productos de tabaco.³⁶

2.22 La FSPTCA también regula la distribución y venta de productos de tabaco, por ejemplo estableciendo a nivel federal una edad mínima de 18 años para la venta de cigarrillos³⁷, y prohibiendo con carácter general las muestras gratuitas.³⁸ En la exposición de motivos de la FSPTCA se explica que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁹ H.R. Rep. N° 111-58, Pt. 1 (2009) (Estados Unidos - Prueba documental 67)

cuestiones de inocuidad, dependencia o salud relacionadas con productos de tabaco.⁴⁰ Por lo que respecta a los cigarrillos mentolados, que están específicamente excluidos de la prohibición impuesta por el artículo 907(a)(1)(A), la FSPTCA encomendó al TPSAC "que en el plazo de un año desde el establecimiento del Comité presentara a la FDA un informe sobre los efectos en la salud pública del mentol en los cigarrillos".⁴¹ El informe de marzo de 2001 del TPSAC, que se presentó a la FDA el 18 de marzo de 2011⁴², afirma que la "eliminación del mercado de los cigarrillos mentolados obraría en beneficio de la salud pública en los Estados Unidos".⁴³ Ese informe también sugiere que se lleve a cabo una nueva evaluación con respecto al contrabando de cigarrillos mentolados y recomienda que se realicen investigaciones adicionales con objeto de colmar las lagunas en la comprensión de las cuestiones relativas a los cigarrillos mentolados y la salud pública. La FDA examinará más a fondo las recomendaciones del TPSAC.⁴⁴

2. El mercado de cigarrillos en los Estados Unidos

2.24 El consumo de tabaco en los Estados Unidos es importante. Alrededor del 20⁴⁵ al 26⁴⁶ por ciento de la población adulta estadounidense, y del 12⁴⁷ al 19⁴⁸ por ciento de la población joven de los Estados Unidos, son fumadores. Las ventas de cigarrillos en los Estados Unidos representaron aproximadamente 360.000 millones de unidades en 2007⁴⁹, 346.000 millones de unidades en 2008, y 317.000 millones de unidades en 2009.⁵⁰

2.25 A la luz de los datos presentados por las partes, el Grupo Especial entiende que la inmensa mayoría de fumadores estadounidenses utiliza dos tipos de cigarrillos: cigarrillos ordinarios y cigarrillos mentolados.⁵¹ En particular, aproximadamente una cuarta parte de la población fumadora fuma cigarrillos mentolados.⁵² El consumo de cigarrillos de clavo de olor representó aproximadamente un 0,1 por ciento del mercado estadounidense entre 2000 y 2009.⁵³

2.26 Las importaciones de cigarrillos de clavo de olor en los Estados Unidos representaron aproximadamente 470 millones de cigarrillos en 2007, 430 millones de cigarrillos en 2008 y 220 millones de cigarrillos en 2009.⁵⁴ El valor de esas importaciones fue de aproximadamente

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

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

⁴² <http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm247617.htm>.

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁰ Estados Unidos - Prueba documental 100.

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

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

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

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

16,2 millones de dólares EE.UU. en 2007, 14,8 millones de dólares EE.UU. en 2008 y 7,5 millones de dólares EE.UU. en 2009.⁵⁵ Durante esos tres años prácticamente todos los cigarrillos de clavo de olor fueron importados de Indonesia.⁵⁶

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

2.28 Por lo que respecta a los cigarrillos con otros aromas característicos abarcados por el artículo 907(a)(1)(A), no hay pruebas de alguna cuota de mercado significativa en los Estados Unidos antes de la aplicación de la prohibición en 2009.⁵⁸

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

2.29 En el curso de las actuaciones, las partes han hecho referencia al *Convenio Marco para el Control del Tabaco* ("CMCT"), un tratado internacional administrado por la Organización Mundial de la Salud ("OMS") como parte de los actuales esfuerzos internacionales para limitar el consumo de tabaco.⁵⁹ El CMCT se negoció en respuesta a preocupaciones sobre una epidemia de consumo de tabaco globalizada, exacerbada por el aumento del comercio internacional del tabaco y las inversiones directas extranjeras.⁶⁰ El tratado tiene por objeto reducir la demanda y la oferta de tabaco. Contiene prescripciones sobre presentación de informes nacionales y estrategias para facilitar el ajuste estructural para las personas cuya subsistencia depende de la producción de tabaco. El CMCT entró en vigor en 2005. Actualmente tiene 172 partes. Los Estados Unidos son signatarios⁶¹ del CMCT⁶², pero Indonesia no lo es.⁶³

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁰ <http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9241591013.pdf>.

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

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

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

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

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

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

III. SOLICITUDES DE CONSTATAACIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES

3.1 En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, Indonesia solicita al Grupo Especial que constate que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con⁶⁹:

- a) el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y, subsidiariamente, el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994⁷⁰, porque da lugar a un trato menos favorable para los

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

⁶⁵ Artículo 1.2.1.1 ("Atractivo").

⁶⁶ Artículo 1.3 ("Términos empleados").

⁶⁷ Artículo 3.1.2.1 ("Ingredientes - Antecedentes").

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

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

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

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

- b) el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo;
- c) el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque los Estados Unidos no respondieron a las preguntas de Indonesia pidiendo una explicación y justificación de la prohibición, formuladas durante las conversaciones bilaterales celebradas el 27 de agosto de 2009 y por conducto del Comité OTC el 20 de agosto de 2009 (documento G/TBT/W/323);
- d) el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque la prohibición relativa a los aromas característicos se basa en características descriptivas;
- e) el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque los Estados Unidos no cumplieron las prescripciones de los párrafos 9.1, 9.2, 9.3 y 9.4 del artículo 2 al adoptar un reglamento técnico que tiene un efecto significativo en el comercio de Indonesia;
- f) el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque en caso de que los Estados Unidos hubieran considerado que había una justificación para no seguir el procedimiento establecido en el párrafo 9 del artículo 2, no notificaron a la Secretaría la medida ni la naturaleza urgente del problema;
- g) el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque los Estados Unidos no previeron un plazo prudencial entre la publicación de la medida y la fecha en que ésta entró en vigor; y
- h) el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, porque la prohibición de cigarrillos con aromas característicos creó un obstáculo innecesario a las exportaciones de Indonesia, un país en desarrollo.

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

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

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

V. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

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

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

VI. REEXAMEN INTERMEDIO

A. CONSIDERACIONES GENERALES

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

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

B. OBSERVACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE EL INFORME PROVISIONAL

1. Aspectos fácticos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.35 Tras haber examinado la sugerencia de los Estados Unidos y las observaciones de Indonesia al respecto, el Grupo Especial coincide con Indonesia en que el párrafo 7 de la respuesta⁷³ de los Estados Unidos a su pregunta 83 no parece respaldar su petición. Por el contrario, el texto de ese párrafo indica que los Estados Unidos estaban haciendo una declaración general que se aplica en todos los casos. Por consiguiente, el Grupo Especial declina incluir las palabras "en la presente diferencia" al final de la frase pertinente. No obstante, el Grupo Especial ha suprimido las palabras "en todos los casos" para que se refleje mejor el texto del párrafo 7 de la respuesta en cuestión. La frase correspondiente del párrafo 7.139 del informe definitivo dice lo siguiente: "Sin embargo, discrepamos de los Estados Unidos en que la identificación del producto nacional similar en una solicitud de establecimiento de un grupo especial simplemente equivale a un argumento."

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

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

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

⁷³ El párrafo pertinente dice lo siguiente:

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

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

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

6.39 Tras haber examinado la sugerencia de los Estados Unidos y las observaciones de Indonesia al respecto, el Grupo Especial opina que el párrafo 19 de la respuesta de los Estados Unidos a su pregunta 87⁷⁴ no contiene el texto que éstos proponen. Por consiguiente, declina introducir el cambio sugerido por los Estados Unidos, pero no obstante ha añadido el siguiente texto extraído de esa respuesta al del párrafo 7.170 del informe definitivo: "Los Estados Unidos explican que el aroma que confiere la salsa a los productos es parte del sabor esencial y de la identidad de éstos".

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

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

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

⁷⁴ El párrafo 19 dice lo siguiente:

"La salsa utilizada en los cigarrillos de clavo de olor no es una mezcla de ingredientes genérica, sino una receta especial que es esencial para conferirles a esos cigarrillos su aroma característico. Tampoco hay ninguna prueba de que la descripción de la salsa especial que se añade a esos cigarrillos sea una mera estrategia de comercialización pasajera o temporal⁷⁴; antes bien, el aroma que confiere la salsa a los productos es parte del sabor esencial y de la identidad de éstos. Indonesia no ha presentado pruebas en cuanto a los ingredientes y el aroma de la salsa para refutar lo que su propia industria sostiene."

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

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

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

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

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

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

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

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

"A juicio de los Estados Unidos, el Grupo Especial debe comparar el trato dado a *todos* los cigarrillos importados (en la medida en que sean similares), y no sólo a los cigarrillos de clavo de olor, con el trato otorgado a todos los cigarrillos de producción nacional (en la medida en que sean similares). Desde este punto de vista, los Estados Unidos ponen de relieve que el artículo 907(a)(1)(A) se aplica a los cigarrillos, tanto importados como nacionales, que tienen aromas característicos, los cuales constituyen una pequeña categoría dentro de los cigarrillos en general. Al mismo tiempo, la prohibición no se aplica a los cigarrillos ordinarios ni a los mentolados, sea cual sea su origen, incluidos los cigarrillos ordinarios procedentes de Indonesia y los cigarrillos mentolados tanto importados como nacionales.

[Nuevo párrafo 7.273]

En su opinión de los Estados Unidos, Indonesia no está en lo correcto cuando afirma que el artículo 907(a)(1)(A) da un trato menos favorable 'si una importación procedente de Indonesia figura entre los aromas característicos prohibidos y un cigarrillo producido en los Estados Unidos no figura entre ellos'.^[494] A juicio de los Estados Unidos, el enfoque del 'mejor trato' que preconiza Indonesia es incompatible con el texto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Sostienen que, como determinó el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, la comparación pertinente debe establecerse, por el contrario, entre el grupo de productos importados 'similares' y el grupo de productos nacionales 'similares'.^[495] A juicio de los Estados Unidos, el Órgano de Apelación reconoció que un Miembro puede establecer distinciones entre productos que se haya determinado que son 'similares' sin por ello proteger la producción nacional o dar un trato menos favorable a los productos importados.^[496]"

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Nueva nota 661:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Nota 993

Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 106; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Grupo Especial, párrafo 118.

Nota 994

Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Grupo Especial, párrafo 118."

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

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

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

5. Observaciones varias

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

VII. CONSTATAIONES

A. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

⁷⁵ Véase la sección II.B *supra*.

⁷⁶ Declaración Ministerial de Doha, 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, párrafo 6.

⁷⁷ Véase la sección II.C.3 *supra*.

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

B. ORDEN DE ANÁLISIS

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁰ WT/DS406/2.

⁸¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 69.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁸ El Órgano de Apelación constató lo siguiente:

"Por lo tanto, en cada caso, la índole de la relación entre dos disposiciones será lo que determine si existe una secuencia obligatoria de análisis que, si no se sigue, daría lugar a un error de derecho. En algunos casos, esta relación es tal que, si el análisis no se estructura de acuerdo con la secuencia lógica correcta, ello tendrá repercusiones en el fondo del análisis propiamente dicho."

Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 109.

El Órgano de Apelación también afirmó lo siguiente:

"Al mismo tiempo, los grupos especiales deben asegurarse de que proceden sobre la base de un análisis debidamente estructurado para interpretar las disposiciones sustantivas en cuestión. Como constató el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camarones* y en *Canadá - Automóviles*, los grupos especiales que hacen caso omiso de un paso previo lógico del análisis o lo pasan por alto corren el riesgo de comprometer o invalidar constataciones ulteriores. Este riesgo aumenta en el caso de dos disposiciones jurídicamente relacionadas entre sí, en que una de ellas debe ser analizada antes que la otra por razones de lógica y de coherencia analítica, como ocurre en el caso de los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo XVII del GATT de 1994."

Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 127.

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

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

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

7.16 Si constatamos que el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico, procederemos a examinar las alegaciones presentadas por Indonesia en el marco del *Acuerdo OTC*, comenzando por la formulada al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Si no constatamos que existe una infracción de esa disposición, examinaremos la alegación subsidiaria conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁹⁰ Si constatamos la existencia de infracción, procederemos a examinar, por orden numérico, el resto de las alegaciones de Indonesia al amparo del *Acuerdo OTC*.

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Argumentos de las partes

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

⁹² Preguntas 2, 3 y 82 del Grupo Especial.

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

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

⁹⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 44.

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

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

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

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

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

b) La disposición jurídica en cuestión

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Elementos de la definición de un reglamento técnico

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

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

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

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

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

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

aroma característico que no sea tabaco o mentol. Además, las Orientaciones de la FDA¹⁰⁴ explican, bajo el encabezamiento "Productos abarcados", que el artículo 907(a)(1)(A) "se aplica a todos los productos de tabaco que satisfacen la definición de un cigarrillo" establecida en el artículo 900(3) de la FFDA.¹⁰⁵

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁴ Véanse los párrafos 2.8-2.11 *supra*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, H.R. Rep. N° 111-58, Pt. 1 (2009) (Indonesia - Prueba documental 2), página 37.

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

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

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

d) Conclusión

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

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

1. Argumentos de las partes

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

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

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

¹²⁰ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia, WT/DS406/2, página 8.

¹²¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 43.

¹²² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 65.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁷ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 54.

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

¹²⁹ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 71.

¹³⁰ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 63.

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

¹³² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 59.

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

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

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

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

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

¹³⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 60.

¹³⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 60.

¹³⁶ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 82.

¹³⁷ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 82.

¹³⁸ Respuesta de Indonesia a la pregunta 42 del Grupo Especial.

¹³⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 60.

¹⁴⁰ Respuesta de Indonesia a la pregunta 44 del Grupo Especial.

¹⁴¹ Respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 22.

¹⁴² Respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 23.

¹⁴³ Respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 24.

¹⁴⁴ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 84-85; y respuesta de Indonesia a la pregunta 43 del Grupo Especial.

¹⁴⁵ Respuesta de Indonesia a la pregunta 85 del Grupo Especial, párrafo 20.

¹⁴⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 64.

¹⁴⁷ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 90; y respuesta de Indonesia a la pregunta 45 del Grupo Especial (Indonesia - Prueba documental 67).

¹⁴⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 69; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 57.

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

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

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

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

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

¹⁴⁹ Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 58.

¹⁵⁰ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 94; y respuesta de Indonesia a la pregunta 48 del Grupo Especial.

¹⁵¹ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 100; y respuesta de Indonesia a las preguntas 49 y 51 del Grupo Especial,

¹⁵² Observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 42.

¹⁵³ Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 60.

¹⁵⁴ Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 61.

¹⁵⁵ Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 62; y respuesta de Indonesia a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 28.

¹⁵⁶ Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 63.

¹⁵⁷ Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 65.

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

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

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

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

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

¹⁵⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 144.

¹⁵⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 87.

¹⁶⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 146.

¹⁶¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 147.

¹⁶² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 149.

¹⁶³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 148.

¹⁶⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 150.

¹⁶⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 22; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 89 del Grupo Especial.

¹⁶⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 154.

¹⁶⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 26 del Grupo Especial.

¹⁶⁸ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 45.

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

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

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

7.62 En contraste con la conclusión de Indonesia sobre el uso final, los Estados Unidos sostienen que los cigarrillos tienen varios usos finales, y no se usan exclusivamente para "fumar tabaco". A su juicio, en los Estados Unidos los cigarrillos tienen al menos otros dos usos finales, que los cigarrillos de clavo de olor, los mentolados y los de tabaco satisfacen en distinto grado¹⁷⁷: i) el uso final de satisfacer una adicción a la nicotina¹⁷⁸, y ii) el uso final de crear una experiencia placentera asociada

¹⁶⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 159.

¹⁷⁰ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 111.

¹⁷¹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 112.

¹⁷² Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 113.

¹⁷³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 172.

¹⁷⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Grupo Especial.

¹⁷⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 37 del Grupo Especial.

¹⁷⁶ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 85 del Grupo Especial, párrafos 9 y 12.

¹⁷⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 179.

¹⁷⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 180.

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

7.63 En lo tocante al criterio de los gustos y hábitos de los consumidores, los Estados Unidos aducen que Indonesia no ha presentado pruebas que demuestren que los cigarrillos de clavo de olor tratan de competir con los cigarrillos mentolados o de tabaco, o que los consumidores los consideran sustituibles.¹⁸¹ Aclaran que los consumidores pertinentes son todos los "actuales y posibles fumadores en los Estados Unidos". Mantienen que los posibles fumadores son jóvenes en la edad de iniciación, y que es más probable que esas personas, más que los adultos, encuentren atractivos los cigarrillos de clavo de olor.¹⁸² A juicio de los Estados Unidos, los consumidores diferencian claramente entre los productos objeto del presente caso¹⁸³: los cigarrillos de clavo de olor son comercializados, vendidos y utilizados como productos de tabaco para "ocasiones especiales", mientras que los cigarrillos mentolados y de tabaco son comercializados, vendidos y utilizados como cigarrillos ordinarios de todos los días; los fumadores de cigarrillos de clavo de olor son en una proporción abrumadora jóvenes, que suelen ser fumadores primerizos, mientras que los cigarrillos mentolados y los de tabaco son utilizados habitualmente por muchos jóvenes, pero especialmente por adultos, que los fuman regularmente.¹⁸⁴ De hecho, sostienen los Estados Unidos, más que competencia entre los productos lo que de hecho hay es una superposición y, probablemente, una simbiosis, ya que los cigarrillos de clavo de olor no sólo atraen a nuevos usuarios al tabaco, sino que son utilizados como un cigarrillo suplementario, para ocasiones especiales, por quienes ya son fumadores.¹⁸⁵

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

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

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

¹⁷⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 181.

¹⁸⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 41 del Grupo Especial.

¹⁸¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 184; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafos 24 y 26.

¹⁸² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 42.

¹⁸³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 184.

¹⁸⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 185.

¹⁸⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 186.

¹⁸⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 189.

¹⁸⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial. Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 91 del Grupo Especial, párrafo 39.

¹⁸⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial.

¹⁸⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 116.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

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

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

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

b) La disposición jurídica en cuestión

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

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

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

7.75 Recordamos que en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación, al interpretar el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994²⁰⁰, estableció una triple prueba para constatar la existencia de una infracción de esa disposición:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.85 Recordamos que **Indonesia**, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, presentó alegaciones en materia de trato nacional en el marco tanto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* como del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. En su primera comunicación escrita, Indonesia aparentemente ajusta su planteamiento y declara que su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 es una alegación subsidiaria de la formulada al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, aborda primero la alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, por ser ésta la disposición más específica para la diferencia. No obstante, después de explicar que la obligación de otorgar trato nacional ha sido abordada por varios grupos especiales de la OMC y por el Órgano de Apelación en varias ocasiones en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994²⁰⁷, Indonesia basa sus argumentos en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* casi exclusivamente en la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III.²⁰⁸

7.86 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial²⁰⁹, Indonesia sostiene que, aunque es posible abordar conjuntamente las alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial debe obrar con prudencia si opta por ese planteamiento, porque "esas alegaciones/disposiciones no son idénticas".²¹⁰ Explica, por ejemplo, que no es necesario que las alegaciones al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 establezcan que la medida en litigio es un reglamento técnico.²¹¹ Sostiene, no obstante, que el análisis de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* constituye una determinación sobre la naturaleza y el alcance de una relación de competencia entre productos, como estableció el Órgano de Apelación en *CE - Amianto* con respecto al párrafo 4 del artículo III. También en respuesta a una pregunta del Grupo Especial²¹², Indonesia sostiene que, aunque el

²⁰⁷ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 42.

²⁰⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 48-69.

²⁰⁹ La pregunta 21 b) del Grupo Especial dice así:

"Indonesia ha formulado alegaciones al amparo de los párrafos 1, 2, 5, 8, 9, 10 y 12 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*. También ha formulado una alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, y los Estados Unidos han invocado el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994:

...

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

²¹⁰ Respuesta de Indonesia a la pregunta 21 b) del Grupo Especial.

²¹¹ Respuesta de Indonesia a la pregunta 21 b) del Grupo Especial.

²¹² La pregunta 26 del Grupo Especial dice así:

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹⁵ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 58.

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

²¹⁷ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 59.

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

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

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

de las personas"²²¹; segundo, el hecho de que la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 2 es aplicable "con respecto a" un reglamento técnico²²²; y, por último, que en el análisis del "producto similar" se debe "distinguir entre características que hagan que un producto o grupo de productos sea identificable a efectos de la reglamentación, y características que demuestren la existencia de una relación de competencia o sustituibilidad en el mercado".²²³

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

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

²²¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 215.

²²² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 216.

²²³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 217.

²²⁴ Declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 58.

²²⁵ Declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 24 (sin cursivas en el original).

²²⁶ Declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 27 (sin cursivas en el original).

²²⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 b) del Grupo Especial. Los Estados Unidos también lo confirmaron en su segunda comunicación escrita, en la que afirmaron que el Grupo Especial puede examinar conjuntamente las alegaciones en materia de trato nacional en el marco del GATT de 1994 y el *Acuerdo OTC*, teniendo en cuenta el contexto y los requisitos particulares de cada alegación. Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 95.

²²⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 26 del Grupo Especial.

²²⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 26 del Grupo Especial. Véase también la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 111.

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

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

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

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

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

7.95 Recordamos que la primera opción arriba expuesta favorece una interpretación de los términos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* basada en la jurisprudencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. No vemos claramente en qué medida las interpretaciones desarrolladas en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 pueden simplemente transponerse al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, especialmente porque esta última disposición aún no ha sido interpretada en profundidad por los grupos especiales o el Órgano de Apelación. Parece, desde luego, que el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* está inspirado en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.²³² De hecho, ambos aluden a productos importados:

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

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

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

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

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

7.97 Dada la similitud, y en algunos casos identidad, del texto de ambas disposiciones sobre trato nacional, el recurso a interpretaciones desarrolladas en el contexto del párrafo 4 del artículo III podría parecer relativamente sencillo por lo que respecta al elemento de similitud del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. De hecho, como hemos indicado más arriba, parece que las partes están, por lo general, convencidas de que la jurisprudencia desarrollada en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, en particular la relativa al planteamiento basado en la competencia para analizar la similitud, se puede transponer directamente a un análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Indonesia defiende la posición según la cual el análisis de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es una determinación acerca de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos, como estableció el Órgano de Apelación, en el asunto *CE - Amianto*, con respecto al párrafo 4 del artículo III.²³⁴ Los Estados Unidos también opinan que la obligación de trato nacional enunciada en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* tiene que interpretarse de manera análoga que en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.²³⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

7.99 A nuestro juicio, no está ni mucho menos claro que siempre sea adecuado transponer automáticamente el planteamiento sobre la similitud basado en la competencia, con arreglo al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque ese planteamiento fue desarrollado por el Órgano de Apelación en *CE - Amianto* sobre la base del principio general establecido en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994, que no tiene un equivalente en el *Acuerdo OTC*. En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación hizo hincapié en la importancia del "principio general" enunciado en el párrafo 1 del artículo III tal como se expresa en el párrafo 4 del artículo III y en cómo informa la interpretación del concepto de productos similares en el párrafo 4 del artículo III. Según el Órgano de Apelación²³⁸, "la expresión 'producto similar' del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 debe interpretarse de manera que se reconozca el alcance y significado correctos" del "principio general" articulado en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994, enunciado por el Órgano de Apelación, en *Japón - Bebidas alcohólicas II*, como sigue:

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

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

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

²³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 89.

²³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 98.

²³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 19. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 97.

²⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 98.

²⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 98 (las cursivas figuran en el original).

²⁴² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99.

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

7.102 En respuesta a preguntas del Grupo Especial sobre esta cuestión, ambas partes estimaron que para transponer la jurisprudencia basada en la competencia sobre el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 al párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no es necesario que en el *Acuerdo OTC* haya un texto semejante al del párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994.²⁴⁵ Los Estados Unidos van más allá y mantienen que no consideran que la falta de "una disposición análoga al párrafo 1 del artículo III en el *Acuerdo OTC* justifique adoptar una opinión fundamentalmente distinta sobre la 'similitud' en el *Acuerdo OTC*".²⁴⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.106 Destacamos también, como ya hemos indicado, que a pesar de la semejanza de los textos, el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 difieren en cuanto que el primero sólo es aplicable a los reglamentos técnicos, mientras que el segundo es aplicable a una gama de instrumentos mucho más amplia. Esto es pertinente para interpretar esta disposición. En particular, la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es aplicable "con respecto a" un reglamento técnico. Como aducen los Estados Unidos, el sentido corriente de la expresión "*in respect of*" ("con respecto a") es "*be directed to; refer to; relate to; deal with; be concerned with*" ("estar dirigido a; referirse a; estar relacionado con; tratar de, concernir a"). Recordamos que los Estados Unidos han pedido al Grupo Especial que al analizar el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* tenga en cuenta esta diferencia textual con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.²⁴⁹

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

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

²⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 25.

²⁴⁸ Véase la nota 244 *supra*.

²⁴⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 216.

²⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 88.

el que se establecen las características de un producto ... cuya observancia es obligatoria". El artículo 907(a)(1)(A)²⁵¹ sí establece, en forma negativa²⁵², una característica de un producto cuya observancia es obligatoria: los cigarrillos no pueden tener un aroma característico. Quedan exceptuados los cigarrillos cuyo aroma característico sea tabaco o mentol.²⁵³

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

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

7.111 Recordamos que el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena encomienda al intérprete que examine el objeto y fin del tratado, en este caso el *Acuerdo OTC*. Como explican los Estados Unidos²⁵⁵, el objeto y fin del *Acuerdo OTC* están enunciados en su preámbulo. En particular, el segundo considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC* expresa la finalidad de los Miembros con las palabras "*deseando* promover la realización de los objetivos del GATT de 1994". Los Estados Unidos interpretan que esto significa que los Miembros quisieron que el *Acuerdo OTC* fuera compatible con el GATT de 1994, y que sus disposiciones se interpretaran en el contexto de la promoción de los objetivos del GATT de 1994.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- a) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos;
- b) los usos finales de los productos;
- c) los gustos y hábitos de los consumidores -más ampliamente denominados percepciones y conducta de los consumidores- con respecto a los productos; y
- d) la clasificación arancelaria²⁶⁵ de los productos.²⁶⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶⁹ El Órgano de Apelación explicó que:

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

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

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

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

iii) *Análisis de la similitud de los productos pertinentes*

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

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

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

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

7.127 De manera análoga, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia se alega que la medida en litigio²⁷³ es incompatible con "el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque la medida da lugar a un trato 'menos favorable' para los cigarrillos de clavo de olor importados que al otorgado a un producto nacional similar, *los cigarrillos mentolados*".²⁷⁴ (sin cursivas en el original)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁸¹ Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 148, 164, 165, 167, 174, 185, 189, nota 246 al párrafo 192, nota 254 al párrafo 203; la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 30 del Grupo Especial, nota 59 al párrafo 68; a la pregunta 31; a la pregunta 33, párrafo 75; a la pregunta 34, párrafo 79; a la pregunta 37, párrafos 85 y 86; a la pregunta 38, párrafos 91, 94 y 96; y a la pregunta 41, párrafo 105; la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 116; la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 86 del Grupo Especial, párrafos 14, 15 y 16; la respuesta de Indonesia a la pregunta 87 del Grupo Especial, párrafo 18; la respuesta de Indonesia a la pregunta 88 del Grupo Especial, párrafo 23; la respuesta de Indonesia a la pregunta 91 del Grupo Especial, párrafos 38, 39 y 40; la respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 44; las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 17; las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 93 del Grupo Especial, párrafos 22 y 23; y las observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 94 del Grupo Especial, nota 22 al párrafo 27.

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

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

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

7.131 Por tanto, en esta diferencia las partes han utilizado a menudo los términos cigarrillos "ordinarios" y "aromatizados con tabaco" de manera intercambiable. Nos parece que ello puede causar confusión sobre el producto que se está abordando. En efecto, aludir a cigarrillos aromatizados con tabaco puede llevar al lector a creer que cigarrillos como los aromatizados con clavo de olor o los aromatizados con mentol no contienen tabaco. De hecho, todos los cigarrillos contienen tabaco, pero los cigarrillos aromatizados, como los mentolados, los kreteks, los bidis, etc., contienen también un aditivo que imparte el aroma característico a que alude el artículo 907(a)(1)(A), o que, como aduce la comunidad internacional²⁸⁵, aumenta la palatabilidad. Como indica Indonesia, "los cigarrillos pueden contener diversos ingredientes y aromas que se añaden al tabaco ...".²⁸⁶ Por consiguiente, hemos decidido utilizar el término cigarrillos "ordinarios", ya que a nuestro juicio es el que mejor describe el hecho de que no incluyen aromas característicos adicionales.

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

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

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

²⁸⁵ Véase la parte expositiva, párrafos 2.29-2.32.

²⁸⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 4; nota 7 al párrafo 4 (donde se hace referencia a la Prueba documental 5 presentada por Indonesia, que contiene el siguiente documento: Richard R. Baker, Elian D. Massey y Gram. Smith, "An overview of the effects of tobacco ingredients on smoke chemistry and toxicology", *Food and Chemical Toxicity* 42S (2004), S57-S64 ("Estudio Baker")).

²⁸⁷ Respuesta de Indonesia a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 6.

²⁸⁸ Respuesta de Indonesia a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 12.

²⁸⁹ Respuesta de Indonesia a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 14.

²⁹⁰ Respuesta de Indonesia a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 12.

²⁹¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 7.

²⁹² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 83 del Grupo Especial, párrafo 7.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.143 Indonesia también nos dice que el mero hecho de que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial sólo hiciera referencia a los cigarrillos mentolados no causó perjuicios a los Estados Unidos³⁰⁵, y destaca que los Estados Unidos coinciden en que el Grupo Especial no iría más allá de su mandato si incluyera tanto los cigarrillos mentolados como los cigarrillos ordinarios en su análisis de la similitud.³⁰⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las propiedades, naturaleza y calidad de los productos pertinentes

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

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

³⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 109.

³¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 103.

³¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 110.

³¹² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 114.

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

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

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

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

7.154 Merece la pena destacar la pertinencia, en un examen de la similitud, de las características relacionadas con los riesgos para la salud³¹⁷, que el Órgano de Apelación ha ubicado en el reino de las propiedades físicas de los productos de que se trate.³¹⁸ Sin embargo, en nuestro caso, la medicina ha demostrado, y las partes reconocen, que todos los cigarrillos son tóxicos. En términos generales, ambas partes convienen en que la toxicidad relativa de los cigarrillos de clavo de olor, mentolados y

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.157 Basándonos en las pruebas presentadas por las partes podemos concluir que los cigarrillos de clavo de olor están compuestos por tabaco combinado con sustancias aromatizantes, que se ofrecen al consumidor en un envoltorio de papel con un filtro.³²³ Los cigarrillos de clavo de olor son, como los cigarrillos mentolados, cigarrillos de "clase A" a efectos fiscales en los Estados Unidos, y cumplen la definición estadounidense³²⁴ de cigarrillo.³²⁵

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

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

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

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

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

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

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

³²⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 55.

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

7.159 Por lo que respecta a los aditivos, los cigarrillos de clavo de olor contienen aproximadamente del 20 al 40 por ciento de clavos de olor³³¹, ya sea en forma de capullos de clavo o de clavos molidos/picados.³³² Como aducen los Estados Unidos, parece que el aditivo de clavo de olor también puede ser aceite de clavo de olor o cualquier combinación de las tres cosas (es decir, capullos de clavo de olor, clavos de olor picados y aceite de clavo de olor).³³³ Entendemos asimismo que los clavos de olor molidos contienen alrededor del 20 por ciento de aceite de clavo de olor.³³⁴

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.161 Observamos que las partes han presentado extensos argumentos sobre la presencia de eugenol en los cigarrillos de clavo de olor y la toxicidad resultante de esos cigarrillos. Los Estados Unidos destacan que el eugenol es uno de los ingredientes activos del aceite de clavo de olor, y lo definen como "un anestésico local común utilizado en procedimientos dentales".³³⁸ Mantienen que los cigarrillos de clavo de olor son dulcemente aromáticos, y que fumar el producto puede causar algún adormecimiento de la boca.³³⁹ Razonan que el eugenol elimina gran parte de la sensación del consumo de cigarrillos que es desagradable para los nuevos fumadores³⁴⁰, lo que hace del "cigarrillo de clavo de olor ... algo casi ideal como diseño de un cigarrillo de 'habituaación' para captar como fumadores a los jóvenes".³⁴¹ Los Estados Unidos aducen que las pruebas demuestran que los cigarrillos de clavo de olor conllevan riesgos particulares para la salud de algunos usuarios.³⁴² Según

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

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

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

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

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

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

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

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

7.162 Indonesia no niega que los cigarrillos de clavo de olor contienen eugenol, y explica que en términos químicos el aceite de clavo de olor se conoce como eugenol³⁴⁴, y que los capullos de clavo de olor contienen eugenol.³⁴⁵ Por lo que respecta a las alegaciones de los Estados Unidos sobre los efectos adormecedores del eugenol, Indonesia especifica que no hay investigaciones científicas basadas en seres humanos que demuestren que el eugenol contenido en los clavos de olor adormezca la garganta. Por el contrario, aduce Indonesia, estudios más recientes arrojan dudas sobre la afirmación de que el eugenol insensibiliza la garganta. Indonesia sostiene además que la misma alegación de adormecimiento de la garganta se ha hecho con respecto al uso de mentol en los cigarrillos.³⁴⁶

7.163 Observamos que ambas partes convienen en que el documento de Polzin³⁴⁷, un estudio sobre ciertos ingredientes que contienen los cigarrillos de clavo de olor indonesios, revela que 19 de las 33 marcas de cigarrillos de clavo de olor analizadas contenían cumarina.³⁴⁸ Según los Estados Unidos, la cumarina es un producto químico, vinculado a la hepatotoxicidad en las personas, que ya no se encuentra en la mayoría de los cigarrillos. En un estudio, explican los Estados Unidos, se constató que un 64 por ciento de las marcas de cigarrillos de clavo de olor probadas contenía cumarina a niveles de entre 9,2 y 215 miligramos por cigarrillo. En contraste, sólo una marca, entre 68 marcas de cigarrillos convencionales disponibles en los Estados Unidos, mostró niveles detectables de cumarina. Los Estados Unidos destacan que la cumarina está prohibida como aromatizante en los Estados Unidos, y actualmente está incluida en la lista de la FDA de "sustancias generalmente prohibidas para adición directa o utilización como alimentos humanos".³⁴⁹ Reconocen, sin embargo, que la cumarina no está prohibida como aditivo en los cigarrillos.³⁵⁰ Indonesia presenta varios argumentos sobre la toxicidad y la presencia de cumarina en los cigarrillos pertinentes. Observa, en primer lugar, que no todos los cigarrillos de clavo de olor contienen cumarina, mientras que algunos cigarrillos ordinarios y mentolados estadounidenses sí contienen ese ingrediente. En segundo lugar, la cumarina es simplemente un elemento constitutivo natural de muchos tipos de tabaco. Por último, Indonesia destaca que los propios Estados Unidos permiten la cumarina como aditivo en los cigarrillos.³⁵¹ Añade que el Secretario de Servicios de Salud y Humanos de los Estados Unidos está obligado a comunicar al Congreso la existencia de cualquier ingrediente en los cigarrillos que pueda conllevar riesgos para la salud de los fumadores, y que el Departamento de Servicios de Salud y Humanos no lo ha hecho con respecto al eugenol ni a la cumarina.³⁵²

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

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

³⁴⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 55.

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

³⁴⁶ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 45.

³⁴⁷ Estados Unidos - Prueba documental 45.

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

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

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

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

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

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

7.165 Los Estados Unidos aducen que las pruebas demuestran que los cigarrillos de clavo de olor conllevan riesgos particulares para la salud de algunos usuarios.³⁵⁴ Indonesia responde que no hay pruebas de que los cigarrillos de clavo de olor sean más tóxicos o planteen mayores riesgos para la salud³⁵⁵ que los cigarrillos mentolados u ordinarios producidos en el país y que, al no haber diferencia de toxicidad, no hay diferencia en sus características físicas.³⁵⁶

Propiedades, naturaleza y calidad de los cigarrillos mentolados

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

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

7.168 Según el informe de marzo de 2011 del TPSAC, el mentol se añade a los cigarrillos tanto como un aroma característico (mayores niveles de mentol) como por otras razones relacionadas con el sabor (niveles más bajos de mentol). Esas otras razones incluyen el fortalecimiento del aroma de mezclas de tabaco y/o la suavización del gusto de la mezcla.³⁶¹ Además, el mentol puede tener propiedades refrescantes, analgésicas o irritantes³⁶², y se ha comunicado que reduce la sensibilidad a

³⁵⁴ Véase la nota 342 *supra*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.169 Este aditivo representa aproximadamente el 1 por ciento de los ingredientes contenidos en el cigarrillo, aunque la cantidad concreta varía en función de la marca. En ese sentido, Indonesia aduce que se ha comunicado que el contenido de mentol puede llegar al 3 por ciento³⁶⁵, mientras que los Estados Unidos especifican que algunas marcas de mentolados pueden tener "ligeramente más o menos de un 1 por ciento de aceite de mentol".³⁶⁶ Por lo que respecta a los niveles de mentol, los Estados Unidos destacan que esos niveles, en las marcas comercializadas como cigarrillos mentolados, oscilan entre 0,15-0,58 mg/cigarrillo.³⁶⁷ En el informe de marzo de 2011 del TPSAC se especifica que "en un estudio reciente de 48 marcas y submarcas de cigarrillos mentolados estadounidenses, el contenido medio de mentol en los cigarrillos, por peso, era de 2,64 mg/cigarrillo, en una horquilla de 1,61 a 4,38 mg".³⁶⁸

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

7.171 Por lo que respecta a sus efectos en la salud, Indonesia aduce que se ha alegado que el mentol tiene propiedades adormecedoras. Así parece confirmarlo el informe de marzo de 2011 del TPSAC, que establece que los efectos que aparentemente atraen a los fumadores de mentolados incluyen efectos refrescantes, efectos antisépticos, efectos adormecedores y efectos anestésicos.³⁷³ Las partes discrepan además sobre si los cigarrillos mentolados contienen también eugenol y cumarina.³⁷⁴ Como ya hemos indicado, Indonesia aduce que los cigarrillos mentolados también contienen esos aditivos³⁷⁵, mientras que los Estados Unidos lo refutan basándose en un estudio realizado en 2010 que demuestra que ninguna de las marcas de cigarrillos "ordinarios" o mentolados contenía eugenol o cumarina.³⁷⁶

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

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

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

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

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

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

³⁶⁹ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 69.

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

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

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

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

³⁷⁴ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 74.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 54.

³⁷⁹ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 67.

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

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

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

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

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

7.178 Segundo, aunque tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados están principalmente compuestos de tabaco, lo que aparentemente diferencia a ambos de los cigarrillos ordinarios³⁸⁴ es la presencia de un aditivo distinto del simple tabaco que resulta en un sabor o aroma distintivo. Ese aditivo es una hierba o una especia o se ha extraído de ellas. El hecho de que los cigarrillos de clavo de olor contengan una cantidad sustancial de capullos de clavo de olor³⁸⁵ y de que los cigarrillos mentolados sólo contengan aproximadamente un 1 por ciento de aceite de mentol no cambia la conclusión de que en ambos casos, con independencia de la marca que examinemos, la presencia de esos aditivos transforma sustancialmente el aroma del cigarrillo.

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁸⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 55.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de Malston³⁹³ reconoció que las estimaciones derivadas de pruebas realizadas con máquinas fumadoras no son indicadores fiables de la aportación de esos productos, y que, por el contrario se centró en pruebas clínicas realizadas con personas que demuestran que los cigarrillos de clavo de olor producen aumentos idénticos del ritmo cardíaco, la tensión arterial, los niveles plasmáticos de nicotina y el monóxido de carbono exhalado.³⁹⁴

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

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

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

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

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

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

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

³⁹⁴ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 54.

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

³⁹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 92.

³⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 109.

o análogas, funciones (usos finales), y segundo, la medida en que los consumidores están dispuestos a utilizar los productos para que cumplan esas funciones (gustos y hábitos del consumidor).³⁹⁸

Los usos finales de los productos

7.191 El Órgano de Apelación ha definido este criterio como "la medida en que los productos pueden cumplir las mismas, o análogas, funciones (usos finales)".³⁹⁹ En el contexto de un análisis del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Órgano de Apelación ha resuelto que el criterio del uso final comprende algunos de los elementos esenciales de la relación de competencia entre los productos en "la medida en que los productos pueden cumplir las mismas, o análogas, funciones (usos finales)". El Órgano de Apelación ha observado que "las pruebas de este tipo son de particular importancia en el marco del artículo III del GATT de 1994, precisamente porque esa disposición se refiere a las relaciones de competencia en el mercado. Si no hay -o puede haber- una relación de competencia entre los productos, un Miembro no puede intervenir, mediante reglamentos o impuestos interiores, para proteger la producción nacional". Por consiguiente, a juicio del Órgano de Apelación, las pruebas acerca de la medida en que los productos pueden utilizarse para los mismos usos finales son sumamente pertinentes para un análisis de la similitud en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁴⁰⁰ Lo que el Grupo Especial ha de determinar es si esto es igualmente aplicable en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Como hemos explicado antes, no estamos convencidos de que un análisis basado fundamentalmente en la competencia sea siempre el planteamiento más adecuado para analizar la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.192 El Órgano de Apelación ha advertido a los grupos especiales que no confundan el análisis del criterio de uso final con el análisis de las características físicas de los productos⁴⁰¹ y el de los gustos y hábitos de los consumidores. Con respecto a estos últimos, el Órgano de Apelación ha explicado que los usos finales afectan a la medida en que dos productos pueden desempeñar las mismas funciones, mientras que los gustos y hábitos de los consumidores afectan a "la medida en que los consumidores están dispuestos a utilizar los productos para que cumplan esas funciones".⁴⁰²

7.193 Como explicó el Órgano de Apelación, "sólo formándose el cuadro completo de los distintos usos finales de un producto, puede evaluar un grupo especial la importancia del hecho de que los productos compartan un número limitado de usos finales".⁴⁰³

7.194 El Órgano de Apelación ha resuelto que las pruebas sobre los usos finales (y las preferencias de los consumidores) de los productos son especialmente pertinentes en los casos en que las pruebas relativas a las propiedades, naturaleza y calidad de los productos indican que los productos en cuestión son físicamente muy distintos.⁴⁰⁴ No creemos que así sea en la presente diferencia.

7.195 El argumento de Indonesia sobre el criterio de uso final es más bien sucinto: "el uso final de todos los cigarrillos, incluidos los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados, es el mismo, a saber, se usan para fumar tabaco".⁴⁰⁵ Los Estados Unidos, sin embargo, sostienen que los cigarrillos tienen en realidad varios usos finales, y no se utilizan exclusivamente para "fumar tabaco". A su juicio, los cigarrillos tienen en los Estados Unidos al menos otros dos usos finales, para los que los cigarrillos de

³⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.

³⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.

⁴⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.

⁴⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 111.

⁴⁰² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.

⁴⁰³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 119.

⁴⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 118.

⁴⁰⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 59. Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 78.

clavo de olor, los mentolados y los de tabaco se utilizan en distinto grado⁴⁰⁶: i) el uso final de satisfacer una adicción a la nicotina⁴⁰⁷, y ii) el uso final de crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo.⁴⁰⁸ Los Estados Unidos añaden que "el uso habitual y el uso ocasional de cigarrillos pueden describirse como diferentes 'usos finales' en los Estados Unidos".⁴⁰⁹ Aducen, además, que su "mercado ordinario" ha estado dominado por los cigarrillos aromatizados con tabaco y mentol. Además de ese mercado, hay un "mercado de cigarrillos ocasionales", compuesto por cigarrillos que se fuman menos, y que tratan de atraer a fumadores primerizos y a fumadores jóvenes habituales creando la impresión de una experiencia "especial" o "complaciente".

7.196 Indonesia niega que la aportación de nicotina sea un uso final distinto, y considera que es consecuencia del uso final de fumar tabaco, ya que todos los productos de tabaco contienen nicotina.⁴¹⁰ En cualquier caso, aduce, los Estados Unidos no han demostrado que los usos finales de los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos aromatizados con mentol o tabaco son distintos. Por lo que respecta al uso final de satisfacer una adicción a la nicotina sugerido por los Estados Unidos, Indonesia sostiene que los tres tipos de cigarrillos en cuestión aportan nicotina cuando se fuman, y que la cantidad de nicotina que aporta un cigarrillo está determinada por la cantidad de humo que se extrae de él.⁴¹¹ Indonesia explica, además, que i) los fumadores se exponen a cuanto humo sea necesario para obtener una cantidad específica, satisfactoria, de nicotina⁴¹², y ii) los propios Estados Unidos han presentado un estudio que demuestra que los niveles de nicotina en la sangre y el ritmo cardiaco de los sujetos eran exactamente iguales después de fumar un cigarrillo de clavo de olor o un cigarrillo ordinario.

7.197 Por lo que respecta al segundo uso final propuesto por los Estados Unidos, "proporcionar una experiencia agradable", Indonesia aduce que no se trata de un uso final, sino de la conducta de un consumidor. Hace referencia al informe del Órgano de Apelación sobre *CE - Amianto*⁴¹³, en el que se aclara que el uso final afecta a la medida en que dos productos pueden desempeñar las mismas funciones, mientras que los gustos y hábitos de los consumidores afectan a la medida en que éstos están dispuestos a utilizar los productos para que cumplan esas funciones. A juicio de Indonesia, las observaciones de los Estados Unidos relativas al atractivo de los aromas conciernen más a los gustos y hábitos de los consumidores que a los usos finales.

7.198 A nuestro juicio, el sucinto y directo argumento de Indonesia es correcto: el uso final de un cigarrillo es ser fumado.⁴¹⁴ Consideramos que los usos finales alegados por los Estados Unidos conciernen más bien a los efectos resultantes del fumar. La gente fuma cigarrillos por muchas razones; podríamos, desde luego, incluir las dos mencionadas por los Estados Unidos. Ello, sin embargo, no significa que los cigarrillos tengan varios usos finales. Por ejemplo, el uso final consistente en satisfacer una adicción a la nicotina propuesto por los Estados Unidos representa una afirmación circular. En efecto, los fumadores se hacen adictos a la nicotina como consecuencia de

⁴⁰⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 179.

⁴⁰⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 180.

⁴⁰⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 181.

⁴⁰⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 41 del Grupo Especial.

⁴¹⁰ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 78.

⁴¹¹ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 107. Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 78 y 79.

⁴¹² Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 79, donde se hace referencia a CDC, "The Health Consequences of Smoking - Nicotine Addiction a Report of the Surgeon General", 1998 (Indonesia - Prueba documental 84).

⁴¹³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.

⁴¹⁴ Observamos que los Grupos Especiales encargados de los asuntos *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos y Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)* también concluyeron que el uso final de los cigarrillos es ser fumados/fumar. Informe del Grupo Especial, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 7.330. Informe del Grupo Especial, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 7.441.

fumar cigarrillos. En cuanto al segundo uso final propuesto por los Estados Unidos, "crear una experiencia agradable asociada al sabor del cigarrillo y el aroma del humo", aun suponiendo, a efectos de argumentación, que fumar algunos tipos de cigarrillos sea una experiencia más agradable que fumar otros tipos de cigarrillos, esto no modifica el hecho de que el uso final de esos productos sea el mismo, es decir, ser fumados. En cualquier caso, como hemos dicho antes, tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados contienen nicotina, y ambos contienen aditivos que enmascaran la aspereza del tabaco.

7.199 Por tanto, nuestra conclusión en el marco de este criterio es que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados tienen el mismo uso final, es decir, ser fumados.

Gustos y hábitos de los consumidores por lo que respecta a los productos

7.200 En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación definió las "preferencias de los consumidores" como "la medida en que los consumidores están -o estarían- dispuestos a elegir un producto en lugar de otro para tales usos finales".⁴¹⁵ La pregunta obvia sería, aparentemente, en qué medida los fumadores están, o estarían, dispuestos a escoger los cigarrillos de clavo de olor con preferencia a los cigarrillos mentolados, para el mismo uso final, es decir, para fumar.

7.201 No obstante, si examinamos este criterio a la luz de la finalidad inmediata del artículo 907(a)(1)(A) de regular el contenido de los cigarrillos con el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, la pregunta tal vez tendría que formularse de otra manera. En efecto, como explicaremos con más detalle cuando examinemos la alegación de Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, el artículo 907(a)(1)(A) responde a una decisión de los Estados Unidos de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Esto lleva a preguntarse cuáles son los consumidores cuyos gustos y hábitos tenemos que examinar: ¿todos los fumadores en los Estados Unidos?; ¿sólo los fumadores jóvenes?; ¿los posibles consumidores, es decir, jóvenes que todavía no fuman y aquellos que lo hacen esporádicamente y todavía no son adictos?

7.202 Hemos preguntado a las partes qué consumidores debemos tener en cuenta en nuestro examen, y sus respuestas difieren. **Indonesia** opina que los consumidores pertinentes a efectos del análisis de la similitud son los fumadores, sin análisis por grupos de edad.⁴¹⁶ Aduce, no obstante, que si el Grupo Especial decide realizar un análisis por grupos de edad, los grupos adecuados serían "los jóvenes" (menores de 18 años) y "los adultos" (18 años y más).⁴¹⁷ A su juicio, la población joven "prefumadora" no debe incluirse entre los consumidores pertinentes a efectos del análisis de la similitud.⁴¹⁸

7.203 Los **Estados Unidos** consideran que los consumidores pertinentes son todos los fumadores actuales y posibles en los Estados Unidos, y define a los "posibles" consumidores como jóvenes en la etapa de iniciación. Ese informe también sugiere que se lleve a cabo una nueva evaluación con respecto al contrabando de cigarrillos mentolados y recomienda que se realicen investigaciones adicionales con objeto de colmar las lagunas en la comprensión de las cuestiones relativas a los cigarrillos mentolados y la salud pública.⁴¹⁹

7.204 Nuestra primera opción es, por tanto, considerar que los consumidores pertinentes son los fumadores. Si decidimos ceñirnos a esa opción, lo siguiente que hay que preguntarse es si debemos

⁴¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.

⁴¹⁶ Respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 22.

⁴¹⁷ Respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 23.

⁴¹⁸ Respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 24.

⁴¹⁹ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 92 del Grupo Especial, párrafo 17.

tener en cuenta el mercado estadounidense de cigarrillos pertinente en general, o si debemos centrarnos en segmentos específicos del mercado sobre la base de una diferenciación por edades. Esta cuestión parece ser especialmente importante porque el objetivo declarado del artículo 907(a)(1)(A) es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.

7.205 La segunda opción consiste en considerar como consumidores pertinentes a la población joven "prefumadora" -en otras palabras, los jóvenes que todavía no han empezado a fumar pero podrían experimentar con cigarrillos-. Esta opción es coherente con el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) -es decir, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes- porque el grupo que entendemos está sujeto al reglamento es el de los jóvenes que están empezando o podrían empezar a fumar.

7.206 A nuestro entender, el objetivo legítimo del reglamento técnico en litigio, el artículo 907(a)(1)(A), es decir, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, delimita el alcance de los consumidores cuyos gustos y hábitos debemos examinar conforme a este criterio, tanto más cuanto que tenemos que examinar cómo perciben los consumidores los cigarrillos en cuestión. La finalidad de la medida es impedir que los jóvenes se hagan fumadores y disuadir de fumar a quienes actualmente son fumadores esporádicos de ese tipo de cigarrillos más atractivos. Por tanto, nos parece evidente que al examinar ese criterio hemos de tener en cuenta a los jóvenes. Coincidimos además con los Estados Unidos en que también debemos tener en cuenta a los posibles consumidores, es decir, a los jóvenes que todavía no fuman o que lo hacen esporádicamente y por lo tanto no sufren adicción.

7.207 Recordamos que, según el Órgano de Apelación, una determinación de la "similitud" con arreglo al párrafo 4 del artículo III es, en virtud del principio general establecido en el párrafo 1 del artículo III de 1994, una determinación global de la medida de una relación de competencia entre dos o más productos. A juicio del Órgano de Apelación, las preferencias de los consumidores, en la medida en que afecten a la "relación de competencia" entre los productos en el mercado, deben tenerse en cuenta. Como hemos dicho antes, no creemos que la jurisprudencia basada en la competencia deba transponerse automáticamente a un análisis de la similitud en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Creemos, no obstante, que en anteriores análisis en el marco del artículo III del GATT de 1994 podemos encontrar alguna orientación útil para analizar las preferencias de los consumidores.

7.208 Recordamos que, en *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación rechazó el argumento del Canadá de que los gustos y hábitos de los consumidores carecían de pertinencia en aquella diferencia porque "la existencia de la medida ha perturbado las condiciones normales de competencia entre los productos".⁴²⁰ Cuando obstáculos reglamentarios al comercio o a la competencia han influido en el mercado, los Miembros aun así tienen que analizar los gustos y hábitos de los consumidores, tal vez presentando pruebas de las posibilidades de sustitución por un tercer mercado pertinente, o pruebas de una demanda latente, o suprimida, de los consumidores en ese mercado.⁴²¹ Parece, por tanto, que la relación de competencia, en la medida en que esté distorsionada por las propias medidas en litigio, podría tenerse en cuenta, siempre que se explique y analice. En otras palabras, la prueba de la "similitud" tiene por objeto determinar si normalmente cabría esperar que los productos a comparar mantendrían una fuerte relación de competencia, y los factores que en la práctica distorsionan esa relación prevista, como una medida en litigio, pueden tenerse en cuenta (mientras que la subsiguiente prueba de "trato menos favorable" determinaría si las medidas realmente han afectado desfavorablemente a esa relación de competencia, en detrimento de los productos importados). La prohibición impuesta conforme al artículo 907(a)(1)(A), que elimina los cigarrillos de clavo de

⁴²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 123.

⁴²¹ El Órgano de Apelación hizo referencia a su resolución en *Corea - Bebidas alcohólicas*. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 123.

olor del mercado de los Estados Unidos, constituye evidentemente una distorsión de las relaciones de competencia en el mercado, ya que suprime la competencia.

7.209 Habida cuenta de ello, observamos que las pruebas sobre las preferencias de los consumidores presentadas por las partes pueden no proporcionar una orientación clara a este respecto. Por un lado, Indonesia aduce que "se sabe que los fumadores cambian entre cigarrillos de clavo de olor, mentolados y de tabaco, lo que demuestra que de hecho están sustituyendo voluntariamente los productos para cumplir el mismo fin de fumar".⁴²² Posteriormente, Indonesia afirma que "casi un 90 por ciento de los fumadores jóvenes (menos de 18 años de edad) no usa cigarrillos de clavo de olor".⁴²³ Los Estados Unidos, por otro lado, sostienen en su primera comunicación escrita que los cigarrillos de clavo de olor son especialmente atractivos para los jóvenes, mientras que los adultos prefieren fumar habitualmente cigarrillos mentolados y de tabaco.⁴²⁴ En su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos centran su argumentación en el hecho de que "los jóvenes que se encuentran en la etapa de iniciación son fascinados por las atractivas características físicas de los cigarrillos de clavo de olor, y no los consideran intercambiables con los cigarrillos mentolados o de tabaco".⁴²⁵

7.210 Observamos que ambas partes, en apoyo de sus argumentos, se remiten a una serie de encuesta sobre las pautas de consumo de tabaco en los Estados Unidos.⁴²⁶ Esos estudios, sin embargo, no emplean los mismos parámetros de investigación. De hecho, examinan distintos grupos de edad⁴²⁷, hacen preguntas distintas⁴²⁸ y se basan en distintos planteamientos metodológicos.⁴²⁹ Así pues, dado que la información derivada de las distintas encuestas presentadas por las partes no es directamente comparable, estimamos que no podemos basarnos en la que proporcionan sobre cuota de mercado a efectos de analizar el criterio de los gustos y hábitos de los consumidores.⁴³⁰

⁴²² Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 82.

⁴²³ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 84.

⁴²⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 185.

⁴²⁵ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 114.

⁴²⁶ Indonesia se remite a las siguientes encuestas: a) *National Survey on Drug Use and Health* de 2007 (Indonesia - Prueba documental 3); b) *Western Watts Survey* (Indonesia - Prueba documental 26); c) *Monitoring the Future Survey* (Indonesia - Prueba documental 33); y d) una encuesta telefónica realizada por la *Opinion Research Corporation* (Indonesia - Prueba documental 34). Los Estados Unidos, por su parte, basan sus argumentos en las siguientes encuestas: a) *National Survey on Drug Use and Health*, 2002 y 2003 (Estados Unidos - Prueba documental 53; y b) *National Tobacco Survey* (Estados Unidos - Prueba documental 53).

⁴²⁷ Por ejemplo, la Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud de 2007, utilizado por Indonesia, examina el uso de cigarrillos de clavo de olor, mentolados y ordinarios por jóvenes de menos de 18 años de edad y por adultos, mientras que las Encuestas nacionales sobre el uso de drogas y la salud de 2002 y 2003 a que se remiten los Estados Unidos reúne información sobre consumo de cigarrillos por dos grupos de edad principales: a) 12-25 años y b) más de 26 años.

⁴²⁸ Por ejemplo, una de las preguntas que figuran en la encuesta *Western Watts* presentada por Indonesia es "¿qué tipo de cigarrillo fuma Vd. *más frecuentemente?*" (sin cursivas en el original), mientras que la Encuesta nacional sobre el consumo de tabaco entre los jóvenes presentada por los Estados Unidos pregunta sobre el uso de cigarrillos de clavo de olor y mentolados a lo largo de los últimos 30 días.

⁴²⁹ La Prueba documental 55 presentada por los Estados Unidos demuestra que las diferencias metodológicas entre la Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud y la encuesta *Vigilancia del futuro* repercuten en sus resultados. La principal diferencia es el objetivo de cada encuesta; mientras que la encuesta *Vigilancia del futuro* se centra en los jóvenes, la Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud abarca una población más amplia. Cabe señalar también otras diferencias, entre ellas: a) distintas tasas de respuesta; b) errores de muestreo; c) el efecto de distintos períodos de tiempo; d) la distinta redacción de las preguntas; e) la diferencia en el procesamiento de los datos; y f) el distinto entorno de las entrevistas.

⁴³⁰ Observamos que la información sobre cuota de mercado presentada por Indonesia presupone que el mercado comprende los cigarrillos fumados en los Estados Unidos, que incluyen, como mínimo, los cigarrillos de clavo de olor, los mentolados y los ordinarios. Por tanto, si deseamos comparar las fluctuaciones en las

7.211 Dicho esto, observamos que el Órgano de Apelación ha afirmado que "las pruebas acerca de ... la medida en que los consumidores están -o estarían- dispuestos a elegir un producto en lugar de otro para tales usos finales, son sumamente pertinentes para apreciar la 'similitud' de [] productos".⁴³¹ Por tanto, un análisis de las preferencias de los consumidores requeriría determinar la posibilidad de sustitución de un producto por otro. El concepto de *sustituibilidad* y de lo *sustituible* (implícito en la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994) se basa en la posibilidad de que un consumidor sustituya algo por otra cosa. Por tanto, no es necesaria una *sustitución* real o actual; por el contrario, el concepto parece más bien reflejar "la medida en que los consumidores están ... *dispuestos* a utilizar los productos para que cumplan esas funciones".⁴³²

7.212 Recordamos asimismo que, como ha reconocido el Órgano de Apelación, "existe un espectro de grados de 'competencia' o 'posibilidad de sustitución' entre productos ofrecidos en el mercado, y ... es difícil, si no imposible, indicar en abstracto precisamente en qué lugar de ese espectro se sitúa el término 'similares' del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994".⁴³³ Sin embargo, el Órgano de Apelación también afirmó que "no estamos afirmando que *todos* los productos que se encuentran en *alguna* relación de competencia son 'productos similares' en el sentido del párrafo 4 del artículo III".⁴³⁴

7.213 Cabe encontrar un ejemplo que puede servir para ilustrar esta cuestión en la siguiente analogía, basada en la presentada por Indonesia⁴³⁵ en relación con Coca Cola y Pepsi. En principio, los consumidores de Coca Cola son muy fieles a ese refresco. Sin embargo, si un consumidor de Coca Cola toma un vuelo de Virgin, podría *sustituir* la Coca Cola por Virgin Cola, aunque no sería su opción preferida, ya que sólo se le ofrecería Virgin Cola. Esto significa que para ese consumidor esos productos son en cierta medida sustituibles. Una situación similar podría ser posible en el contexto de los cigarrillos. Los fumadores son muy leales a su marca, pero si no hay posibilidad de conseguir cigarrillos de esa marca, lo probable es que fumen lo que puedan encontrar. Pese a ello, preguntamos a las partes acerca de la pertinencia de la lealtad a la marca en nuestro análisis de la similitud en el marco de este criterio, y su respuesta fue que no era pertinente. A ese respecto, los Estados Unidos aducen que en la presente diferencia la lealtad a la marca no es significativa para el análisis de la similitud.⁴³⁶ Según Indonesia, dado que los consumidores están dispuestos a sustituir unos por otros los aromas de los cigarrillos de clavo de olor, mentolados y de tabaco, la lealtad a la marca no impide que esos cigarrillos sean sustituibles.⁴³⁷

7.214 En nuestra opinión, procede examinar la sustituibilidad de los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados desde la perspectiva del grupo de consumidores pertinente, el cual, como hemos explicado más arriba, comprende los fumadores jóvenes y quienes están listos para convertirse en fumadores. Cabe aducir que para ellos es probable que cualquier cigarrillo les serviría para empezar a fumar. Observamos que, como se explica con más detalle *infra*, las pruebas presentadas por las partes demuestran que los cigarrillos aromatizados, categoría que incluye tanto los mentolados como los de clavo de olor, son especialmente atractivos para los jóvenes. Por tanto, a efectos de determinar cómo perciben los jóvenes los cigarrillos y si estarían dispuestos a reemplazar o sustituir

cuotas de mercado de únicamente los cigarrillos de clavo de olor frente a los cigarrillos mentolados, esa información podría no ser fiable.

⁴³¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117.

⁴³² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 117 (sin cursivas en el original).

⁴³³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99.

⁴³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99.

⁴³⁵ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 83.

⁴³⁶ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 93 del Grupo Especial, párrafo 21.

⁴³⁷ Observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 93 del Grupo Especial, párrafo 39.

uno u otro cigarrillo para empezar a fumar, consideramos pertinente el hecho de que ambos tipos de cigarrillos sean atractivos para los jóvenes.

7.215 Recordamos la explicación de la finalidad del artículo 907(a)(1)(A) que figura en el informe de la Cámara sobre la FSPTCA⁴³⁸, que dice así: "en consonancia con la finalidad global del proyecto de ley de proteger la salud pública, entre otras cosas reduciendo el número de niños y adolescentes que fuman cigarrillos, [el artículo 907(a)(1)(A)] tiene por objeto prohibir la fabricación y venta de cigarrillos con determinados 'aromas característicos' que atraen a los jóvenes".⁴³⁹

7.216 Además, conforme a las Orientaciones de la FDA⁴⁴⁰, en las que se explican los motivos de la prohibición de los cigarrillos con aromas característicos impuesta por el artículo 907(a)(1)(A), "los productos aromatizados, además de ser más atractivos para los jóvenes, hacen más fácil que los nuevos fumadores empiecen a fumar, ya que enmascaran el aroma desagradable del tabaco. Determinados estudios también han demostrado que los jóvenes creen que los productos de tabaco aromatizados son más inocuos que los productos de tabaco no aromatizados".⁴⁴¹

7.217 Las pruebas presentadas por las partes también demuestran que los dos tipos de cigarrillos en cuestión, debido precisamente a su aroma característico, que ayuda a enmascarar la aspereza del tabaco, atraen a los jóvenes y son mejores vehículos que los cigarrillos ordinarios para que los jóvenes empiecen a fumar.

7.218 Por ejemplo, el estudio de la OMS titulado *The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation* (La base científica de la reglamentación de los productos de tabaco), presentado por los Estados Unidos, indica que "estudios basados en documentos internos de la industria tabacalera sugieren que los agentes aromatizantes también pueden desempeñar un papel importante en la especial atención prestada por esa industria a los fumadores jóvenes y no experimentados".⁴⁴² Ese estudio también indica que "el mentol se ha utilizado para atraer a nuevos fumadores de distintos grupos étnicos".⁴⁴³

7.219 El estudio titulado *Tobacco Policy Trend Alert on the Marketing of Candy-Flavored Cigarettes* (Alerta sobre la evolución de las prácticas en materia de tabaco - La comercialización de cigarrillos con aroma de caramelo), presentado por los Estados Unidos, concluye que "... los números y los documentos de la industria indican claramente que los cigarrillos aromatizados atraen a los fumadores jóvenes y, combinados con la publicidad de esos productos por parte de las empresas tabacaleras, tienen por objetivo los menores de edad".⁴⁴⁴

7.220 Recordamos que el estudio de la OMS titulado *The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation* explica la manera en que el mentol y el eugenol derivados de los clavos de olor se añaden a los cigarrillos "específicamente para reducir la aspereza del humo y permitir que el fumador ingiera más sustancias tóxicas y causantes de dependencia". En el Estudio también se hace hincapié en que los cigarrillos mentolados y de clavo de olor a menudo se comercializan como si fueran menos

⁴³⁸ Véanse los párrafos 2.6 y 2.7 *supra*.

⁴³⁹ Estados Unidos - Prueba documental 67.

⁴⁴⁰ Véanse los párrafos 2.8-2.11 *supra*.

⁴⁴¹ Orientaciones, respuesta a la pregunta 1 (Indonesia - Prueba documental 41). Véase también *FDA Advisory* - "Flavored Tobacco Products; What you need to know" (Indonesia - Prueba documental 25).

⁴⁴² Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113, página 26).

⁴⁴³ Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113, página 26).

⁴⁴⁴ American Lung Association, "Tobacco Policy Trend Alert, From Joe Camel to Kauai Kolada - The Marketing of Candy-Flavored Cigarettes" (julio de 2005, actualizado en mayo de 2006) (Estados Unidos - Prueba documental 35), página 7.

tóxicos, y se concluye que "los ingredientes añadidos posiblemente contribuyen a la percepción de que los cigarrillos son menos nocivos y dañinos".⁴⁴⁵

7.221 Es interesante destacar que el informe de la Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud, de los Estados Unidos, titulado "*Use of Menthol Cigarettes*" (Consumo de cigarrillos mentolados), presentado por Indonesia, indica que: "el mentol puede enmascarar la aspereza del humo de los cigarrillos y de ese modo hacer más fácil que los adolescentes empiecen a fumar".⁴⁴⁶ Esa es también la conclusión a la que se llega en la publicación *Tobacco Policy Trend Alert on the Marketing of Candy-Flavored Cigarettes* presentada por los Estados Unidos, arriba citada, en la que se concluye que "debido a su efecto refrescante en la boca y la garganta, el mentol contribuyó a enmascarar la aspereza del humo de los cigarrillos".⁴⁴⁷

7.222 Además, en un artículo publicado en una revista médica especializada titulado *Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects* (Cigarrillos de clavo de olor: los motivos de preocupación con respecto a los efectos sobre la salud), presentado por los Estados Unidos, se indica que "los cigarrillos de clavo de olor atraen a los adolescentes que experimentan con el tabaquismo y pueden influir en el desarrollo de posteriores hábitos de fumar".⁴⁴⁸

7.223 Además, el informe de marzo de 2011 del TPSAC a la FDA⁴⁴⁹ corrobora nuestra opinión de que los cigarrillos mentolados son especialmente atractivos para los jóvenes.

⁴⁴⁵ Véase la cita completa en el párrafo 7.182 *supra*.

⁴⁴⁶ *Use of Menthol Cigarettes*, "The National Survey on Drug Use and Health Report", 19 de noviembre de 2009 (Indonesia - Prueba documental 66), página 1.

⁴⁴⁷ *American Lung Association*, "Tobacco Policy Trend Alert, From Joe Camel to Kauai Kolada - The Marketing of Candy-Flavored Cigarettes" (julio de 2005, actualizada en mayo de 2006) (Estados Unidos - Prueba documental 35), página 5.

⁴⁴⁸ Guidotti, et al, "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects". *The Western Journal of Medicine* (agosto de 1989) (Estados - Prueba documental 38), página 1.

⁴⁴⁹ Como se explica en el párrafo 2.23, la FSPTCA encomendó al TPSAC que presentara a la FDA un informe sobre los efectos en la salud pública de los cigarrillos mentolados. El informe de marzo de 2011 del TPSAC se entregó a la FDA el 18 de marzo de 2011. El informe indicaba, entre otras cosas, que "los cigarrillos mentolados son especialmente populares entre los fumadores más jóvenes", y contenía la siguiente recomendación global a la FDA: "la eliminación de los cigarrillos mentolados del mercado obraría en beneficio de la salud pública en los Estados Unidos". Informe de marzo de 2011 del TPSAC, páginas 36 y 208 disponible en <http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm>, consultado el 10 de mayo de 2011. A la luz de las conclusiones del informe de marzo de 2011 del TPSAC, el Grupo Especial pidió o preguntó a las partes: i) si la recomendación arriba mencionada que figuraba en el informe de marzo de 2011 del TPSAC era pertinente para la diferencia; ii) cuál era la pertinencia del informe de marzo de 2011 del TPSAC para la determinación de si los cigarrillos aromatizados con mentol son "similares" a los cigarrillos de clavo de olor; iii) que hicieran observaciones sobre la importancia, en relación con la diferencia, de las pruebas concernientes a la tasa de cigarrillos mentolados fumados por jóvenes presentadas en el informe de marzo de 2011 del TPSAC; y iv) si el Grupo Especial podía realizar una "evaluación objetiva" del asunto que se le había sometido con arreglo al artículo 11 del ESD sin tener en cuenta el informe de marzo de 2011 del TPSAC. Según los Estados Unidos: i) la recomendación es, como máximo, marginalmente pertinente por lo que respecta a las cuestiones objeto de la diferencia (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 10); ii) cualquier pertinencia del informe de marzo de 2011 del TPSAC para la comparación del "producto similar" en el marco de la diferencia es muy limitada (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 16); iii) los datos que figuran en el informe de marzo de 2011 del TPSAC tienen una pertinencia limitada por lo que respecta a las cuestiones que el Grupo Especial debe resolver (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 21); y iv) el Grupo Especial no estaría actuando de manera incompatible con el artículo 11 del ESD si en su informe no se tuviera en cuenta el informe de marzo de 2011 del TPSAC (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115, párrafo 4). Según Indonesia: i) la recomendación del TPSAC concerniente al mentol no es pertinente para la diferencia (respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial,

7.224 Por ejemplo, el informe de marzo de 2011 del TPSAC concluye que la industria tabacalera desarrolló la comercialización del mentol para atraer a los jóvenes:

"La sección sobre imágenes juveniles en la comercialización del mentol y los estudios de documentos de la industria descritos en esa sección confirman que la industria desarrolló la comercialización del mentol para atraer a los jóvenes. Esto es especialmente cierto por lo que respecta a la marca Newport, pero otras empresas tabacaleras también adoptaron esa estrategia. Los mensajes de comercialización posicionaron los cigarrillos mentolados como un producto iniciador atractivo para nuevos fumadores que no están acostumbrados al sabor intenso del tabaco y/o a altos niveles de mentol. Los estudios empíricos aportan otras pruebas del objetivo buscado: los jóvenes prestan atención a la publicidad sobre cigarrillos mentolados y se sienten atraídos por ellos. La publicidad de cigarrillos, incluidos los mentolados, tiene mayores efectos en la elección de marca por los adolescentes que por los fumadores adultos."⁴⁵⁰

7.225 El informe de marzo de 2001 del TPSAC también destaca que los cigarrillos mentolados atraen a los jóvenes y a los fumadores recién iniciados debido a sus efectos sensoriales:

"Las pruebas sugieren que los jóvenes escogen los cigarrillos mentolados, especialmente los de menor aportación de mentol, principalmente porque para fumadores no experimentados resulta más fácil fumar cigarrillos mentolados, y porque consideran que el mentol es menos dañino que los cigarrillos no mentolados ... En conjunto, los diversos elementos de prueba demuestran el atractivo de los cigarrillos mentolados para los jóvenes y los nuevos fumadores debido a sus efectos sensoriales."⁴⁵¹

7.226 El informe de marzo de 2011 del TPSAC también indica que "hay pruebas suficientes para concluir que es probable que la disponibilidad de cigarrillos mentolados aumente la probabilidad de adicción y el grado de adicción entre los fumadores jóvenes".⁴⁵²

7.227 Además, en el capítulo "*Public Health Impact*" (Efectos en la salud pública), el informe de marzo de 2011 del TPSAC concluye, entre otras cosas, que la disponibilidad de cigarrillos mentolados aumenta la iniciación entre los jóvenes, es decir, el número de fumadores, y en consecuencia tiene un efecto negativo para la salud pública en los Estados Unidos:

párrafo 1); ii) el informe de marzo de 2001 del TPSAC no es especialmente pertinente por lo que respecta a si los cigarrillos aromatizados con mentol son "similares" a otros cigarrillos aromatizados (respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 4); iii) las pruebas y conclusiones que figuran en el informe de marzo de 2011 del TPSAC son coherentes con hechos destacados por Indonesia en la diferencia (respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 5); y iv) el Grupo Especial puede hacer una "evaluación objetiva" del asunto que se le ha sometido sin tener en cuenta el informe de marzo de 2011 del TPSAC (respuesta de Indonesia a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 6).

⁴⁵⁰ Informe de marzo de 2001 del TPSAC, página 66, disponible en <http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm>, consultado el 22 de abril de 2011.

⁴⁵¹ Informe de marzo de 2001 del TPSAC, página 103, disponible en <http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm>, consultado el 22 de abril de 2011.

⁴⁵² Informe de marzo de 2001 del TPSAC, página 199, disponible en <http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm>, consultado el 22 de abril de 2011.

"El TPSAC sí concluye que la disponibilidad de cigarrillos mentolados ha dado lugar a un aumento del número de fumadores, y que ese aumento tiene una repercusión negativa para la salud pública en los Estados Unidos. El TPSAC encontró pruebas de que la disponibilidad de cigarrillos mentolados aumenta la iniciación; particularmente preocupante era la alta tasa de consumo de cigarrillos mentolados entre los jóvenes y la tendencia, a lo largo del último decenio, al aumento del consumo de cigarrillos mentolados entre los de 12 a 17 años de edad, incluso a medida que el consumo de cigarrillos no mentolados disminuye. El TPSAC también ha concluido que es menos probable que los fumadores de cigarrillos mentolados dejen de fumar. Por tanto, la disponibilidad de cigarrillos mentolados aumenta la iniciación y reduce el abandono, aumentando así el número de personas que fuman. Ese aumento del número de fumadores representa un efecto perjudicial para la salud pública de la disponibilidad de cigarrillos mentolados."⁴⁵³

7.228 Observamos que por lo que respecta al informe de marzo de 2011 del TPSAC los Estados Unidos reconocen que "el informe ha sido citado en la legislación estadounidense; las partes han hecho referencia a él en sus comunicaciones al Grupo Especial; y los medios de comunicación se hicieron ampliamente eco de su publicación".⁴⁵⁴ Opinamos que podemos apoyarnos en el informe de marzo de 2011 del TPSAC para corroborar nuestras constataciones, ya que ello sería compatible con los artículos 11 y 13 del ESD.

7.229 Las *Directrices parciales* de la OMS refuerzan nuestra opinión. En efecto, parece que demuestran que la comunidad científica percibe que los cigarrillos que contienen aditivos que aumentan la palatabilidad, es decir, aquellos a los que el artículo 907(a)(1)(A) se refiere como los que tienen un aroma característico, forman parte de la misma cesta o categoría de cigarrillos que atraen a los consumidores. A ese respecto, las *Directrices parciales* de la OMS aducen que "la reglamentación de los ingredientes encaminada a reducir el atractivo de los productos de tabaco puede contribuir a reducir la prevalencia del tabaquismo y la dependencia del tabaco entre los usuarios nuevos y habituales". Por tanto, recomiendan, entre otras cosas, que "las Partes deberían regular, mediante prohibiciones o restricciones, los ingredientes que pueden utilizarse para aumentar la palatabilidad de los productos de tabaco".⁴⁵⁵ Los ingredientes a los que se hace referencia son, entre otros, los utilizados para aumentar la palatabilidad. Entre los ingredientes que aumentan la palatabilidad enumerados en las *Directrices parciales* de la OMS encontramos agentes enmascaradores como el mentol, así como especias y hierbas, incluida la menta, y que podrían comprender el clavo de olor.

7.230 Aparentemente, ambas partes convienen en que las *Directrices parciales* de la OMS pueden ser pertinentes para la diferencia. Inicialmente, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Indonesia adujo que las *Directrices parciales* de la OMS no eran pertinentes por lo que respecta a las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al Grupo Especial.⁴⁵⁶ Sin embargo, posteriormente Indonesia matizó su posición aduciendo que las principales constataciones de hecho y las recomendaciones que figuran tanto en las *Directrices* como en el informe son igualmente aplicables a los cigarrillos aromatizados con clavo de olor y los aromatizados con mentol.⁴⁵⁷ Los Estados Unidos adujeron que las *Directrices parciales* de la OMS respaldan el planteamiento reglamentario

⁴⁵³ Informe de marzo de 2001 del TPSAC, página 204, disponible en <http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm>, consultado el 22 de abril de 2011.

⁴⁵⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 115 del Grupo Especial, párrafo 5.

⁴⁵⁵ El texto del proyecto de Directriz, que se adoptó sin cambios en la Conferencia de las Partes, puede consultarse en línea en http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/CMCT_COP4_28draft-en.pdf.

⁴⁵⁶ Respuesta de Indonesia a la pregunta 19 del Grupo Especial.

⁴⁵⁷ Respuesta de Indonesia a la pregunta 97 del Grupo Especial.

estadounidense para la prohibición de los aromas característicos en los cigarrillos.⁴⁵⁸ Posteriormente, aclararon que, si bien las *Directrices parciales* de la OMS contienen constataciones fácticas y recomendaciones pertinentes para esta diferencia, esas constataciones no tienen concretamente en cuenta las circunstancias específicas que prevalecen en los Estados Unidos, y en consecuencia no debe considerarse que son igualmente aplicables a todos los aromas o aditivos.⁴⁵⁹ Coincidimos con los Estados Unidos en que las *Directrices parciales* de la OMS no son necesariamente de aplicación directa a las necesidades reglamentarias específicas de un país en particular. No obstante, esas Directrices, "basadas en los mejores datos científicos disponibles y en la experiencia de las Partes"⁴⁶⁰, demuestran efectivamente la existencia de un consenso creciente entre la comunidad internacional sobre la conveniencia de fortalecer las políticas de control del tabaco mediante una reglamentación del contenido de los productos de tabaco, incluidos los aditivos que aumentan el atractivo y la palatabilidad de los cigarrillos. Así pues, consideramos que las *Directrices parciales* de la OMS corroboran nuestra opinión.

7.231 La conclusión inevitable es que tanto los cigarrillos mentolados como los de clavo de olor atraen a los jóvenes debido a la presencia de un aditivo que les confiere un aroma característico que tiene por efecto enmascarar la aspereza del tabaco. De hecho, los informes, estudios y artículos académicos arriba citados demuestran que a nivel internacional se considera que aditivos como el clavo de olor, el mentol, la vainilla, el chocolate, el café, etc., que confieren a los cigarrillos un determinado aroma característico, aumentan la palatabilidad y, en consecuencia, atraen a los jóvenes. Observamos que los estudios de la OMS y las *Directrices parciales* de la OMS respaldan la opinión de que los jóvenes se sienten atraídos por cigarrillos con aromas que aumentan la palatabilidad, y que los estudios no diferencian entre categorías de aromas en función de si atraen más o menos a los jóvenes; antes bien, se considera que todos ellos atraen a los jóvenes. Esos estudios, por tanto, se basan en la premisa de que por lo general los cigarrillos con aromas característicos o aditivos que aumentan la palatabilidad generalmente atraen a los jóvenes. Dicho simplemente, se percibe que todos esos cigarrillos aromatizados son vehículos para empezar a fumar. Esta opinión es compartida por las Orientaciones de la FDA⁴⁶¹ y, en cierta medida, por las diversas observaciones explicativas sobre las razones subyacentes en la adopción del artículo 907(a)(1)(A) que figuran en el informe de la Cámara.

7.232 Opinamos que los diversos estudios arriba citados y sus conclusiones indican que para los jóvenes los cigarrillos aromatizados, incluidos los aromatizados con clavo de olor o con mentol, son similares. Concluimos, por consiguiente, que muchos de los consumidores a los que afecta el presente caso, es decir, los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes, perciben que los cigarrillos aromatizados con mentol y los aromatizados con clavo de olor son similares por lo que respecta a la finalidad de empezar a fumar.

La clasificación arancelaria de los productos

7.233 El último criterio es el de la clasificación arancelaria de los productos. En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación afirmó que "la clasificación arancelaria refleja claramente las propiedades

⁴⁵⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 19 del Grupo Especial.

⁴⁵⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 97 del Grupo Especial.

⁴⁶⁰ *Directrices parciales* de la OMS, sección 1.1.

⁴⁶¹ Las Orientaciones de la FDA indican, por ejemplo, lo siguiente:

"Determinados estudios también han demostrado que los jóvenes creen que los productos de tabaco aromatizados son más inocuos que los productos de tabaco no aromatizados.

Los cigarrillos aromatizados son tan adictivos y tienen los mismos tipos de efectos nocivos que los cigarrillos corrientes. La eliminación de esos productos aromatizados del mercado es importante porque suprime una vía que los jóvenes pueden utilizar para comenzar a consumir tabaco habitualmente."

Orientaciones de la FDA, página 2.

físicas de un producto".⁴⁶² No obstante, aclaró que, incluso cuando la clasificación aduanera de los productos que se comparan es la misma, "esta indicación de 'similitud' no puede ser por sí sola decisiva".⁴⁶³

7.234 **Indonesia** sostiene que los cigarrillos de clavo de olor y los producidos en el país tienen la misma clasificación arancelaria internacional al nivel de 6 dígitos⁴⁶⁴, la cual indica, en respuesta a una pregunta, es 2402.20.⁴⁶⁵ Además, para refutar un argumento presentado por los Estados Unidos, Indonesia aclara que cualquier diferencia en la clasificación arancelaria al nivel de 8 dígitos es irrelevante, ya que en el plano internacional sólo puede compararse la clasificación al nivel de 6 dígitos.⁴⁶⁶

7.235 En su primera comunicación escrita, los **Estados Unidos** no hacen comentarios sobre la afirmación de Indonesia de que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos producidos en el país tienen la misma clasificación arancelaria internacional, salvo para indicar que el Órgano de Apelación ha subrayado que la clasificación arancelaria no puede ser por sí sola decisiva.⁴⁶⁷ Posteriormente, en su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos aducen que "los cigarrillos de clavo de olor son tratados de manera distinta que todos 'los demás' cigarrillos al nivel de 8 dígitos en la Lista de los Estados Unidos anexa al GATT de 1994".⁴⁶⁸

7.236 Los cigarrillos están clasificados en el Capítulo 24 del Sistema Armonizado, Partida 2402 correspondiente a "Cigarros (puros) (incluso despuntados), cigarritos (puritos) y cigarrillos, de tabaco o de sucedáneos del tabaco". Hemos encontrado 3 códigos al nivel de 6 dígitos del SA pertinentes para los cigarrillos, a saber:

"240210 Cigarros (puros) (incluso despuntados) y cigarritos (puritos), que contengan tabaco

240220 Cigarrillos que contengan tabaco

240290 Los demás"

7.237 Por tanto, la partida al nivel de 6 dígitos para los cigarrillos de clavo de olor, mentolados y ordinarios es 2402.20.

7.238 En relación con la clasificación arancelaria, los Estados Unidos sostienen, además, que el trato impositivo dado a dos productos distintos debe tener muy poca importancia en el análisis del "producto similar" cuando la medida nacional objeto de examen no se ha adoptado con fines impositivos sino con objeto de proteger la salud de las personas.⁴⁶⁹ No obstante, en la medida en que sea pertinente, los Estados Unidos observan que aparentemente Indonesia no trata los cigarrillos de clavo de olor "de manera similar" que los cigarrillos mentolados o de tabaco importados a efectos impositivos nacionales.⁴⁷⁰

7.239 No creemos que la política fiscal indonesia sea pertinente para evaluar este criterio. Tenemos que examinar si la clasificación arancelaria de esos tipos de cigarrillos es similar. El Órgano de

⁴⁶² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 102.

⁴⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 146.

⁴⁶⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 64.

⁴⁶⁵ Respuesta de Indonesia a la pregunta 45 del Grupo Especial, párrafo 98. Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 90.

⁴⁶⁶ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 90.

⁴⁶⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 168.

⁴⁶⁸ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 116.

⁴⁶⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 191.

⁴⁷⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 192.

Apelación ha indicado en ese sentido que al examinar este criterio los grupos especiales normalmente deben tener en cuenta las nomenclaturas arancelarias basadas en el Sistema Armonizado.⁴⁷¹ Constatamos, a ese respecto, que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados están clasificados en la subpartida 2402.20 del SA.

iv) Conclusión sobre la similitud

7.240 Hemos constatado *supra* que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son físicamente similares, y que ambos incluyen un aditivo que les confiere un aroma característico. También hemos dicho que la presencia de ese aditivo es especialmente pertinente si se examina en el contexto de la finalidad inmediata del artículo 907(a)(1)(A), que es un reglamento técnico encaminado a regular los cigarrillos que incluyen esos aditivos.

7.241 También hemos constatado que tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados tienen el mismo uso final de fumar.

7.242 Asimismo hemos constatado que los consumidores a los que afecta este caso, es decir, los fumadores jóvenes y los posibles fumadores jóvenes, perciben que los cigarrillos aromatizados son similares para la finalidad de empezar a fumar.

7.243 Por último, hemos constatado que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados están clasificados en el mismo código del SA al nivel de 6 dígitos, a saber, 2402.20.

7.244 Como hemos explicado a lo largo de nuestras constataciones, el Grupo Especial ha llegado a las conclusiones *supra* teniendo en cuenta que la medida en litigio es un reglamento técnico con la finalidad inmediata de regular los cigarrillos que tienen un aroma característico con miras a alcanzar el objetivo legítimo de reducir el tabaquismo entre los jóvenes. Como hemos explicado, consideramos que ese objetivo legítimo debe permear e informar nuestro análisis de la similitud. Por tanto, al ponderar esos criterios, hemos tenido muy en cuenta la pertinencia de las características que son significativas por lo que respecta al objetivo de salud pública del artículo 907(a)(1)(A), es decir, reducir el tabaquismo entre los jóvenes.

7.245 Consideramos que nuestro planteamiento básico de la "similitud" en el presente caso es coherente con una hipótesis muy útil presentada por los Estados Unidos en la segunda reunión con el Grupo Especial y reiterada en respuesta a una pregunta del Grupo Especial:

"Algunos productos pueden considerarse similares en algunos contextos pero no en otros. Por ejemplo, como observaron los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, las copas hechas de papel, plástico o aluminio podrían considerarse productos 'similares' con independencia de esas diferencias físicas por lo que respecta a un impuesto u otra medida fiscal. Todas tienen el mismo uso final de contener líquidos, y los consumidores pueden considerarlas intercambiables en ese contexto. En ese caso, puede considerarse que los distintos materiales utilizados en las copas son menos importantes para el análisis del producto similar. Sin embargo, podría considerarse que las mismas copas no son 'similares' en relación con una medida que regula los productos que pueden utilizarse con seguridad en los hornos de microondas. En ese caso, los distintos materiales utilizados para fabricar las copas serían más pertinentes, ya que el aluminio no puede utilizarse con seguridad en un horno de microondas. Esa diferencia afectaría a si los consumidores consideraban que cada una de las copas es adecuada para uso en un horno de microondas, y sería pertinente en relación con medidas que regularan qué copas

⁴⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 26.

pueden utilizarse en hornos de microondas. En ese contexto, los distintos materiales utilizados representarían diferencias significativas entre las copas. La medida concreta en cuestión es pertinente para determinar si las distintas propiedades físicas de la copa significan que una copa no es 'similar' a otra copa."⁴⁷²

7.246 A nuestro juicio, puede considerarse que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son "similares" en algunos contextos, pero no en otros. Por ejemplo, podría considerarse que esos dos tipos de cigarrillos no son "similares" en el contexto de una hipotética medida que regulara los productos sobre la base de características que no son comunes a los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados, por ejemplo si contienen eugenol (los cigarrillos de clavo de olor lo contienen, y los cigarrillos mentolados no). En el mismo sentido, podría considerarse que no son "similares" en el contexto de un hipotético impuesto o medida fiscal basados en el tipo de tabaco que contengan (los cigarrillos de clavo de olor suelen contener tabaco de Java curado al sol, y los cigarrillos mentolados no lo contienen). Sin embargo, podría considerarse que esos dos mismos tipos de cigarrillos son "similares" en el contexto de otras medidas que regulan los productos sobre la base de características que son comunes a los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados, por ejemplo, una hipotética medida que distinguiera entre varios productos de tabaco sobre la base de si esos productos son o no carcinogénicos (como lo son tanto los cigarrillos de clavo de olor como los cigarrillos mentolados).

7.247 Es evidente que la medida en litigio en el presente caso regula los cigarrillos sobre la base de una característica que es común a los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados, que a tenor del artículo 907(a)(1)(A) es la característica común de "contener, como elemento constitutivo ... o aditivo un aroma artificial o natural ... o una hierba o especia ... que es un aroma característico". En el contexto de esta medida en particular, que regula los productos de tabaco sobre la base de esa característica concreta -que tal vez podría considerarse como el rasgo definitorio de cada tipo de producto- nos parece muy difícil ver en qué modo podría considerarse que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados no son "similares". Como se expone en nuestras constataciones, somos conscientes de que hay ciertas diferencias entre los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados. Esas diferencias pueden perfectamente llevar a la conclusión de que esos dos productos no son "similares" en el contexto de distintas medidas. No obstante, en el contexto de la medida objeto de la presente controversia esas diferencias son menos significativas, y menos pertinentes. En otras palabras, contrariamente a lo que aducen los Estados Unidos⁴⁷³, esas diferencias no están relacionadas con el objetivo de salud pública de la medida en litigio, y en consecuencia no son en este caso pertinentes para el análisis del producto similar. A nuestro entender, en las circunstancias que prevalecen en este caso las similitudes relacionadas con el objetivo de salud pública del artículo 907(a)(1)(A) son sumamente pertinentes para el análisis del producto similar.

7.248 Por consiguiente, habida cuenta de nuestras conclusiones *supra*, constatamos que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares a los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

d) La cuestión de si se da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional

i) *Introducción*

7.249 El hecho de que en el artículo 907(a)(1)(A) se distinga entre los productos similares no es suficiente en sí mismo para infringir la obligación de trato nacional consagrada en el párrafo 1 del

⁴⁷² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 96 del Grupo Especial, párrafo 52.

⁴⁷³ Declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, párrafo 27 (sin cursivas en el original).

artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En efecto, hemos de constatar también que el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor un "trato menos favorable" que el que otorga al producto nacional similar, es decir, a los cigarrillos mentolados.⁴⁷⁴

7.250 Hay dos cuestiones preliminares que es necesario que aclaremos antes de examinar con detalle este elemento de la prueba de trato nacional. La primera es el enfoque interpretativo del Grupo Especial, y la segunda, la índole de la alegación de trato menos favorable formulada por Indonesia.

ii) *Enfoque aplicado por el Grupo Especial a la interpretación de la prueba de trato menos favorable del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC*

7.251 Al igual que la "similitud", el concepto de "trato menos favorable" se ha interpretado en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Esta jurisprudencia reflejó un análisis centrado en la competencia que se apoya en referencias explícitas al principio general consagrado en el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994. Nos encontramos de nuevo, por lo tanto, ante la cuestión de si hemos de seguir esa jurisprudencia, o más bien interpretar el concepto en el marco del *Acuerdo OTC* y a la luz del objetivo legítimo⁴⁷⁵ del artículo 907(a)(1)(A).

7.252 Las partes han argumentado sus respectivas posiciones en relación con este elemento de la alegación relativa al trato nacional invocando diferentes aspectos de la jurisprudencia elaborada por el Órgano de Apelación en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁴⁷⁶

7.253 Como hemos explicado *supra*, el texto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* parece seguir el modelo del texto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Ambos imponen a los Miembros una obligación redactada de manera análoga que consiste en conceder a los productos importados "un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional". Sin embargo, esta obligación se aplica únicamente a los reglamentos técnicos, lo cual, como también hemos señalado antes, es sumamente significativo para la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en el presente asunto.

7.254 Aunque coincidimos con las partes en que ha de darse importancia a la semejanza en la redacción, lo hacemos con cautela, porque, como ha señalado el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, incluso si los términos empleados son idénticos, "debe[n] interpretarse teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin de la disposición en cuestión, así como el objeto y fin del acuerdo abarcado en el que figura la disposición".⁴⁷⁷

7.255 Creemos que nuestro enfoque de la interpretación de la "similitud" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe aplicarse también, por las mismas razones, a nuestro análisis respecto de si se dio a los cigarrillos de clavo de olor un "trato menos favorable" que el otorgado al producto nacional similar, es decir, a los cigarrillos mentolados. Antes explicamos que, a nuestro juicio, el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes ha de impregnar e informar nuestro análisis de la similitud. En nuestro examen de este elemento seguiremos un enfoque similar.

⁴⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 100.

⁴⁷⁵ Remitimos a la sección VII.F.2 c), en la que hemos concluido que Indonesia no ha demostrado que el objetivo de la prohibición no es "legítimo".

⁴⁷⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos-66-68; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 93-104; primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos-196-212; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos-126-144.

⁴⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 88 y 89.

iii) *Discriminación de jure frente a discriminación de facto*

7.256 Observamos que en la argumentación de Indonesia con respecto a esta prueba ha tenido lugar una evolución significativa, o tal vez una aclaración. En un principio, Indonesia parecía alegar, en su primera comunicación escrita, que el artículo 907(a)(1)(a) establece una discriminación *de jure*, pese a ser neutral en cuanto al origen conforme a su tenor literal. En su primera comunicación escrita Indonesia no mencionó la discriminación *de facto*. Los Estados Unidos respondieron que Indonesia no había satisfecho la carga de demostrar que se da a los cigarrillos de clavo de olor un trato menos favorable por su origen nacional.⁴⁷⁸ Recordaron que el párrafo 4 del artículo III prohíbe a los Miembros otorgar a los productos importados un trato menos favorable que a los nacionales, "ya sea *de jure* o *de facto*", pese a lo cual en su primera comunicación escrita procedieron a refutar una posible alegación de discriminación *de facto*.

7.257 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, y después de que los terceros hubieran presentado sus comunicaciones, Indonesia alegó que el artículo 907(a)(1)(A) da lugar a una discriminación *de facto* contra productos importados. Indonesia puso de relieve que, mientras que los cigarrillos mentolados (y los cigarrillos ordinarios) se producen en los Estados Unidos, los cigarrillos de clavo de olor, que fueron prohibidos, eran en su mayor parte importados de Indonesia. Según afirma Indonesia, la casi totalidad de los cigarrillos producidos en el país no resultó afectada por la prohibición impuesta por el artículo 907(a)(1)(A).⁴⁷⁹

7.258 Indonesia señala (remitiéndose a la declaración oral del Brasil⁴⁸⁰) que el Grupo Especial encargado del asunto *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos* explicó que "[l]a discriminación *de facto* es una expresión general que describe la conclusión jurídica de que una medida ostensiblemente neutra infringe una norma relativa a la no discriminación porque su efecto real es imponer unas consecuencias desventajosas diferentes a ciertas partes y porque se constata que esos efectos diferenciados son incorrectos o injustificables".⁴⁸¹

7.259 Indonesia se remite también a la declaración oral de Noruega⁴⁸² para desarrollar su análisis de la jurisprudencia sobre la discriminación *de facto*. Señala que varios grupos especiales y el Órgano de Apelación han examinado el diseño, la estructura y el funcionamiento de la medida al evaluar la discriminación *de facto*.⁴⁸³ También destaca que varios grupos especiales y el Órgano de Apelación han constatado la existencia de discriminación *de facto* cuando los productos producidos en el país tendían a ser objeto de un trato más favorable que productos similares importados.⁴⁸⁴

7.260 Observamos que el artículo 907(a)(1)(A) no prohíbe explícitamente determinados tipos de cigarrillos por su origen, sino por el tipo de aroma característico del cigarrillo. Quedaría excluido, por lo tanto, el trato menos favorable *de jure*. Por otro lado, en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Indonesia no hay nada que indique que la alegación de Indonesia se refiera exclusivamente a un trato menos favorable *de jure*; en ella únicamente se declara que la medida en litigio infringe el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque "da lugar a un trato 'menos favorable' para los cigarrillos de clavo de olor importados que el otorgado a un producto nacional similar, los cigarrillos mentolados". Asimismo, los Estados Unidos no han aducido que la

⁴⁷⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 174.

⁴⁷⁹ Respuesta de Indonesia a la pregunta 48 del Grupo Especial, párrafos 100-102.

⁴⁸⁰ Declaración oral del Brasil en calidad de tercero, párrafo 7.

⁴⁸¹ Informe del Grupo Especial, *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos*, párrafo 7.101.

⁴⁸² Declaración oral de Noruega en calidad de tercero, párrafo 19.

⁴⁸³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 215.

⁴⁸⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Bebidas alcohólicas*, párrafos 51-53; e informe del Grupo Especial, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafos 8.119-8.121.

evolución de la argumentación de Indonesia les haya perjudicado de alguna forma, y en su primera comunicación escrita trataron la cuestión de la discriminación *de facto* con cierto detalle.

7.261 Dadas las circunstancias, decidimos examinar la alegación de Indonesia considerándola una alegación de trato menos favorable *de facto*.

iv) *La prueba de trato menos favorable del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC*

7.262 Como se ha explicado *supra*, el concepto de "trato menos favorable" no ha sido interpretado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, salvo muy brevemente por el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*.⁴⁸⁵ Como también se ha explicado *supra*, varios grupos especiales y el Órgano de Apelación han interpretado este concepto en el contexto del trato nacional y con referencia al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.263 El concepto de "trato menos favorable" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 fue interpretado por primera vez por el Grupo Especial del GATT encargado del asunto *Estados Unidos - Artículo 337*, que consideró que exige "una igualdad efectiva de oportunidades" para los productos importados⁴⁸⁶, y grupos especiales posteriores y el Órgano de Apelación han seguido esa misma línea de interpretación.⁴⁸⁷

7.264 En *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación observó que "se debería evaluar si se ha dado o no a los productos importados un trato 'menos favorable' que a los productos nacionales similares examinando si una medida *modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente* en detrimento de los productos importados".⁴⁸⁸

7.265 Observamos que, al igual que con el concepto de "producto similar", en *CE - Amianto* el Órgano de Apelación interpretó la expresión "trato menos favorable" del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 a la luz del principio general establecido en el párrafo 1 del artículo III, considerando, por lo tanto, que "[l]a expresión 'trato menos favorable' expresa el principio general, enunciado en el párrafo 1 del artículo III, de que los reglamentos interiores 'no deberían aplicarse ... de manera que se proteja la producción nacional'".

7.266 El Órgano de Apelación ha explicado que "[s]i existe un 'trato menos favorable' del grupo de productos importados 'similares', 'se protege', inversamente, al grupo de productos 'similares' de origen nacional".⁴⁸⁹ Como declaró el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, "un Miembro puede trazar distinciones entre productos que se haya constatado que son 'similares', sin que por ese solo hecho conceda al grupo de los productos *importados* 'similares' un 'trato menos favorable' que el concedido al grupo de los productos 'similares' *de origen nacional*".⁴⁹⁰ Por lo tanto, establecer distinciones de trato entre productos diferentes no constituye necesariamente un trato "menos favorable". Por otro lado, puede haber casos en que aplicar disposiciones jurídicas formalmente

⁴⁸⁵ Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafos 7.464-7.476.

⁴⁸⁶ Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Artículo 337*, párrafo 5.11.

⁴⁸⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafo 6.10; informe del Grupo Especial, *CE - Banano III*, párrafos 7.179 y 7.180; e informe del Grupo Especial, *Japón - Películas*, párrafo 10.379.

⁴⁸⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137 (sin cursivas en el original).

⁴⁸⁹ Observamos que en ese asunto no se pidió al Órgano de Apelación que examinara las constataciones del Grupo Especial relativas al trato menos favorable. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 100.

⁴⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 100.

idénticas implique en la práctica otorgar un trato menos favorable al producto importado.⁴⁹¹ Parece, por consiguiente, que existiría un "trato menos favorable", al menos con respecto al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, cuando, a causa de la medida, el producto importado resulte en posición de desventaja competitiva en el mercado nacional.

7.267 En consecuencia, en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, la determinación de si se otorga a los productos importados un "trato menos favorable" que a productos nacionales similares depende fundamentalmente de una evaluación de las condiciones de competencia en el mercado. Observamos, sin embargo, que no es necesario que el examen de si una medida en litigio proporciona "igualdad efectiva de oportunidades de competencia" se base en los efectos reales de la medida en el mercado.⁴⁹²

7.268 Por lo tanto, de la citada jurisprudencia en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 inferimos que lo que debe considerarse es si resulta afectada la igualdad de las condiciones de competencia entre los productos importados y los nacionales.⁴⁹³ En *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* el Órgano de Apelación indicó que se da a los productos importados un trato menos favorable que a los productos nacionales similares si una medida modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente *en detrimento de los productos importados*.⁴⁹⁴ Sin embargo, como el Órgano de Apelación observó en *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, "la existencia de efectos perjudiciales sobre un determinado producto importado resultantes de una medida no implica necesariamente que esa medida otorgue un trato menos favorable a las importaciones si los efectos perjudiciales se explican por factores o circunstancias *que no guardan relación con el origen extranjero del producto*, como, en este caso, la cuota de mercado de los importadores".⁴⁹⁵ Por consiguiente, no es suficiente constatar la incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III únicamente sobre la base de que la medida tiene un efecto desfavorable en las condiciones de competencia de un producto importado. El reclamante ha de demostrar también que esos efectos desfavorables guardan relación con el origen del producto en cuestión.

7.269 En conjunto, la jurisprudencia del Órgano de Apelación sobre el elemento de trato menos favorable del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 establece las siguientes orientaciones: i) la prueba de trato menos favorable se refiere a la repercusión de la medida en la relación de competencia entre grupos de productos importados y grupos de productos similares nacionales; ii) existirá un trato menos favorable si las medidas *modifican* esas condiciones de competencia *en detrimento* del grupo de productos similares importados; iii) los grupos especiales han de considerar si el efecto o efectos perjudiciales pueden explicarse por factores o circunstancias *que no guardan relación con el origen extranjero de los productos*, y iv) no es necesario demostrar independientemente que las medidas se aplican "de manera que se proteja" la producción nacional.

⁴⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137.

⁴⁹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 215.

⁴⁹³ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 20, donde se citan los informes de los Grupos Especiales del GATT, *Estados Unidos - Superfund*, párrafo 5.1.9 y *Japón - Bebidas alcohólicas I*, párrafo 5.5 b).

⁴⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137.

⁴⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 96 (sin cursivas en el original).

Cuáles son los productos que deben compararse

7.270 Antes de continuar, hemos de determinar en primer lugar cuáles son los *productos que deben compararse* en el análisis del trato menos favorable, es decir, cuáles son los productos nacionales y los productos importados a efectos de la prueba de trato menos favorable.

7.271 A preguntas del Grupo Especial, **Indonesia** señaló que, a efectos del análisis del "trato menos favorable", el producto importado son únicamente los cigarrillos de clavo de olor, y el producto o productos nacionales sería cualquier tipo de cigarrillo no prohibido por el artículo 907(a)(1)(A) que el Grupo Especial constate que es "similar" a los cigarrillos de clavo de olor (por ejemplo, los cigarrillos aromatizados con mentol o tabaco). Indonesia señala que no ha formulado alegaciones con respecto al trato de los cigarrillos de clavo de olor en comparación con el de los cigarrillos con aroma de "caramelo".⁴⁹⁶ A juicio de Indonesia, cuando se formula un argumento en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, la existencia de una infracción puede establecerse demostrando que hay *algunos* productos importados (es decir, los tratados menos favorablemente) que reciben un trato menos favorable que *algún* producto similar nacional (es decir, el tratado más favorablemente). A juicio de Indonesia, la comparación pertinente en el presente asunto consiste en determinar si los cigarrillos de clavo de olor importados son "similares" a *cualquier* cigarrillo nacional que *no* fuera objeto de la prohibición, en concreto, los cigarrillos aromatizados con mentol o tabaco. En opinión de Indonesia, no es necesario que el Grupo Especial considere si los cigarrillos de clavo de olor reciben un trato menos favorable que cigarrillos nacionales que también fueron objeto de la prohibición, o que cigarrillos importados que no fueron objeto de la prohibición.⁴⁹⁷

7.272 A juicio de los **Estados Unidos**, el Grupo Especial debe comparar el trato dado a *todos* los cigarrillos importados (en la medida en que sean similares), y no sólo a los cigarrillos de clavo de olor, con el trato otorgado a *todos* los cigarrillos de producción nacional (en la medida en que sean similares). Desde este punto de vista, los Estados Unidos ponen de relieve que el artículo 907(a)(1)(A) se aplica a los cigarrillos, tanto importados como nacionales, que tienen aromas característicos, los cuales constituyen una pequeña categoría dentro de los cigarrillos en general. Al mismo tiempo, la prohibición no se aplica a los cigarrillos ordinarios ni a los mentolados, sea cual sea su origen, por lo que no se aplica a los cigarrillos ordinarios procedentes de Indonesia ni a los cigarrillos mentolados importados o nacionales. Desde este punto de vista, los Estados Unidos ponen de relieve que el artículo 907(a)(1)(A) se aplica a los cigarrillos, tanto importados como nacionales, que tienen aromas característicos, los cuales constituyen una pequeña categoría dentro de los cigarrillos en general. Al mismo tiempo, la prohibición no se aplica a los cigarrillos ordinarios ni a los mentolados, sea cual sea su origen, incluidos los cigarrillos ordinarios procedentes de Indonesia y los cigarrillos mentolados tanto importados como nacionales. En opinión de los Estados Unidos, Indonesia no está en lo correcto cuando afirma que el artículo 907(a)(1)(A) da un trato menos favorable "si *una* importación procedente de Indonesia figura entre los aromas característicos prohibidos y *un* cigarrillo producido en los Estados Unidos no figura entre ellos".⁴⁹⁸ A juicio de los Estados Unidos, el enfoque del "mejor trato" que preconiza Indonesia es incompatible con el texto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Sostienen que, como determinó el Órgano de Apelación en *CE - Amianto*, la comparación pertinente debe establecerse, por el contrario, entre el *grupo* de productos importados "similares" y el *grupo* de productos nacionales "similares".⁴⁹⁹ A juicio de los Estados Unidos, el Órgano de Apelación reconoció que un Miembro puede establecer distinciones entre productos que se haya determinado

⁴⁹⁶ Respuesta de Indonesia a la pregunta 49 del Grupo Especial, párrafos 103-105.

⁴⁹⁷ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 100.

⁴⁹⁸ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, sección II.A.4.a., párrafos 119-125 (las cursivas figuran en el original).

⁴⁹⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 119-123.

que son "similares" sin por ello proteger la producción nacional o dar un trato menos favorable a los productos importados.⁵⁰⁰

7.273 A nuestro juicio, la jurisprudencia de la OMC no respalda la afirmación de que puede establecerse la existencia de un "trato menos favorable" meramente demostrando que hay *algunos* productos importados que reciben un trato menos favorable que *algún* producto similar nacional. De hecho, coincidimos con los Estados Unidos en que esa es "una opinión extrema que ha sido rechazada frontalmente por el Órgano de Apelación" en *CE - Amianto*.⁵⁰¹

7.274 No obstante, creemos que, en lo que respecta al análisis del "trato menos favorable", Indonesia está en lo correcto al concluir que la comparación debe establecerse entre: i) los cigarrillos *de clavo de olor* importados (en tanto que distintos de todos los tipos de cigarrillos importados en los Estados Unidos, de cualquier procedencia); y ii) los cigarrillos producidos en el país respecto de los que el Grupo Especial ha constatado que son productos "similares", a saber, los cigarrillos mentolados.

7.275 Nuestro razonamiento, que difiere en buena medida del argumento jurídico presentado por Indonesia, es considerablemente sencillo y directo. El párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige una comparación de "productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros" con "productos similares de origen nacional".⁵⁰² Estas disposiciones se refieren a los productos importados del territorio de "*cualquier otro* Miembro", y no, de forma más general, al de "los Miembros" o de "otros Miembros". Los productos importados en este caso son los productos importados del territorio de *Indonesia*. Y, al parecer, hay común acuerdo entre las partes en que la inmensa mayoría de los cigarrillos que se importaban de Indonesia en los Estados Unidos eran cigarrillos *de clavo de olor*.⁵⁰³

7.276 A nuestro juicio, no se da el caso de que, como afirman implícitamente los Estados Unidos, "*una* importación procedente de Indonesia figura entre los aromas característicos prohibidos y *un* cigarrillo producido en los Estados Unidos no figura entre ellos". Antes bien, la inmensa mayoría de las exportaciones de cigarrillos indonesias a los Estados Unidos está incluida entre los aromas característicos prohibidos por el artículo 907(a)(1)(A). Observamos que esta situación estaría en consonancia con las constataciones del Órgano de Apelación en *CE - Amianto*. A nuestro juicio, la comparación entre el grupo de productos importados similares y el grupo de productos nacionales similares abarca las situaciones en que "la inmensa mayoría de las importaciones" recibe un trato menos favorable.

7.277 En lo que respecta a los productos nacionales, hemos constatado que los cigarrillos mentolados son "similares" a los cigarrillos de clavo de olor para los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque, entre otras cosas, ambos contienen un aditivo que les confiere un aroma característico que los hace atractivos para los jóvenes. No hemos analizado si los cigarrillos

⁵⁰⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 204.

⁵⁰¹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 119.

⁵⁰² Observamos que el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 exige, de manera similar, una comparación de los "productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante" con los "productos similares de origen nacional".

⁵⁰³ En respuesta al argumento de Indonesia de que todas las importaciones de cigarrillos en los Estados Unidos eran de cigarrillos de clavo de olor a pesar del hecho de que la Prueba documental 91 presentada por los Estados Unidos constaba que se importaba en los Estados Unidos un pequeño porcentaje de cigarrillos que no eran de clavo de olor, los Estados Unidos aclaran que es improbable que los fabricantes de cigarrillos de clavo de olor hayan importado sus cigarrillos incluyéndolos en una subpartida incorrecta (la correspondiente a los cigarrillos que no son de clavo de olor), ya que el arancel que se aplica a los cigarrillos de clavo de olor es inferior al aplicado a cualquier otro tipo de cigarrillos (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 81 del Grupo Especial).

ordinarios nacionales son "similares" a los cigarrillos de clavo de olor importados, porque consideramos que rebasaríamos los límites de nuestro mandato.

7.278 Procederemos, por lo tanto, a examinar si los Estados Unidos dieron a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el otorgado a los cigarrillos mentolados nacionales.

La cuestión de si los productos en cuestión reciben un trato diferente

7.279 Una vez identificados los productos que compararemos, el siguiente paso debería ser determinar si los productos en cuestión reciben *un trato diferente*. En la presente diferencia la conclusión obvia es que el trato no puede ser más diferente. Los cigarrillos de clavo de olor están prohibidos, mientras que los cigarrillos mentolados están excluidos de la prohibición.

7.280 Por lo tanto, concluimos que los productos en cuestión reciben un trato fundamentalmente diferente.

La cuestión de si el trato diferente redundaría en detrimento de los productos importados

7.281 Recordamos que la jurisprudencia del Órgano de Apelación relativa al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 explica que no es suficiente constatar que el trato es diferente, sino que es necesario constatar que la diferencia de trato modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados.⁵⁰⁴ Estamos de acuerdo en que no debería ser suficiente, por sí solo, constatar que los productos nacionales y los productos similares importados reciben un trato diferente, sino que esa diferencia de trato ha de tener como resultado que los productos importados reciban un trato menos favorable. En el presente asunto, la conclusión es obvia: los cigarrillos de clavo de olor importados están prohibidos, mientras que se permite que los cigarrillos mentolados nacionales similares permanezcan en el mercado.

La cuestión de si el trato menos favorable guarda relación con el origen nacional de las importaciones

7.282 Las partes están en desacuerdo con respecto a la forma de interpretar las constataciones del Órgano de Apelación en *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos* conforme a las cuales no hay trato menos favorable cuando los efectos perjudiciales se explican por factores o circunstancias *que no guardan relación con el origen extranjero del producto*. Los **Estados Unidos** interpretan que esas constataciones exhortan a realizar un análisis en dos etapas para constatar la existencia de un trato menos favorable: i) debe determinarse que los productos importado y nacional similares han recibido un *trato diferente en función del origen nacional*, y ii) debe determinarse si ese trato diferente constituye un trato menos favorable para el producto importado. Los Estados Unidos citan también el asunto *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* en apoyo de ese análisis en dos etapas.⁵⁰⁵ Los Estados Unidos explican que en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* el Órgano de Apelación constató inicialmente que la medida coreana daba a los productos importados y a los nacionales un trato diferente al exigir que se distribuyeran mediante canales de distribución diferentes. Después de constatar la existencia de un trato diferente, el Órgano de Apelación pasó a examinar si esa diferencia de trato implicaba que se diera a los productos importados un trato menos favorable en función del origen nacional del producto. El Órgano de Apelación concluyó que, dado que la propia medida coreana imponía a los minoristas la "necesidad de optar" entre la carne vacuna nacional y la importada, limitaba las oportunidades de comercialización

⁵⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137.

⁵⁰⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 249, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafos 144-146.

de la carne vacuna importada y, por lo tanto, modificaba las condiciones de competencia en detrimento de ese producto.

7.283 A juicio de los Estados Unidos, que una medida otorgue un trato menos favorable depende del trato que dé a los productos importados en comparación con los productos nacionales. A este respecto, aducen, el Órgano de Apelación ha examinado si la medida altera las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados, en comparación con los productos nacionales, pero ha dejado claro que una medida *no* altera las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados cuando el supuesto detrimento "se explica por factores o circunstancias *que no guardan relación con el origen extranjero del producto*".⁵⁰⁶ Los Estados Unidos aducen que, aunque no hay un único enfoque ni un factor necesariamente decisivo al alcanzar una conclusión jurídica de que existe un "trato menos favorable" -y que diferentes factores son significativos en función de los hechos y circunstancias particulares- el principio rector del análisis es que una medida no debe dar un trato especial a las importaciones basándose en el origen nacional de modo que se proteja el producto nacional.⁵⁰⁷ En opinión de los Estados Unidos, cuando un supuesto efecto perjudicial en un producto importado no puede atribuirse a su origen extranjero, sino a algún otro factor, ese efecto no prueba un trato menos favorable.⁵⁰⁸

7.284 Los Estados Unidos sostienen que este razonamiento también es válido en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, que, a su juicio, debe interpretarse de modo que permita reglamentos técnicos basados en distinciones legítimas entre los productos, aun cuando esas distinciones puedan tener un efecto diferente en productos diferentes. A juicio de los Estados Unidos, Indonesia trata de eliminar toda labor analítica reduciendo el análisis del "trato menos favorable" a una determinación mecánica de si la medida se aplica a alguna importación y no se aplica a algún producto nacional similar. En opinión de los Estados Unidos, ese enfoque es insuficiente, porque la esencia de las obligaciones de trato nacional es si una medida da a productos importados un trato menos favorable que a productos nacionales, para lo que es preciso un examen de todos los hechos pertinentes.⁵⁰⁹ Para los Estados Unidos, el análisis del "trato menos favorable" no consiste simplemente en examinar qué cigarrillos están prohibidos y cuáles no, sin examinar también todas las pruebas pertinentes, incluido el objetivo de la medida y el hecho de que los supuestos efectos perjudiciales en las importaciones dependan o no del origen nacional de éstas.⁵¹⁰

7.285 **Indonesia** discrepa de la caracterización del "trato menos favorable" que hacen los Estados Unidos y aduce que ningún informe de grupo especial ni del Órgano de Apelación ha exigido nunca la prueba de un "trato menos favorable" y una segunda prueba de que el trato en cuestión se otorgue "en función del origen nacional" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁵¹¹ A juicio de Indonesia, la formulación de los Estados Unidos eliminaría el concepto de discriminación *de facto*.⁵¹² Indonesia afirma que coincide con el Brasil en que los Estados Unidos hacen una lectura errónea de la resolución del Órgano de Apelación en *República Dominicana - Importación y venta de*

⁵⁰⁶ Los Estados Unidos hacen referencia al informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos*, párrafo 96 (sin cursivas el original); al informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 144; y al informe del Grupo Especial, *México - Impuestos sobre los refrescos*, párrafo 8.118. Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 127.

⁵⁰⁷ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 127.

⁵⁰⁸ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 50; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 95 del Grupo Especial, párrafo 49.

⁵⁰⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 128.

⁵¹⁰ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 50.

⁵¹¹ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 97; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 63.

⁵¹² Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 63.

cigarrillos, al tomar una sola frase y extraerla de su contexto fáctico.⁵¹³ Indonesia aduce que, como ha observado el Brasil, en esa diferencia el Órgano de Apelación no aseveraba de forma general e irrestricta que una medida es compatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 si sus efectos perjudiciales no guardan relación con el origen extranjero del producto de que se trate. Lo que afirmó fue simplemente que los efectos perjudiciales en los productos importados no equivalen, *ipso facto*, a discriminación, ya que hay otras características de esos efectos que también son pertinentes al evaluar si se ha otorgado a un producto un trato menos favorable.⁵¹⁴ Según explican Indonesia y varios terceros, los productos nacionales y los importados pueden recibir un trato diferente, pero ese trato será "menos favorable" si tiene el efecto de modificar las condiciones de competencia en perjuicio de los productos importados.⁵¹⁵ Indonesia insta al Grupo Especial a que rechace la idea, que proponen los Estados Unidos, de que el artículo 907(a)(1)(A) debe discriminar "en función del origen nacional" para dar lugar a un "trato menos favorable" para los cigarrillos de clavo de olor importados.⁵¹⁶ Indonesia cree que no recae sobre su país la carga de demostrar que las importaciones del mismo producto procedentes de países diferentes, o las importaciones de productos diferentes, reciben un trato menos favorable que los productos nacionales. Aduce que el trato dado a los productos importados procedentes de otros países no se ha sometido a la consideración del Grupo Especial.⁵¹⁷

7.286 Recordamos que estamos examinando un reglamento técnico, el artículo 907(a)(1)(A), cuyo propósito inmediato es la prohibición de los cigarrillos que contienen un aditivo que les confiere un aroma característico. La razón que justifica el artículo 907(a)(1)(A) es alcanzar el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Recordamos también la explicación del artículo 907(a)(1)(A) que se da en el informe de la Cámara de Representantes relativo a la FSPTCA⁵¹⁸, en el que se declara que, "[e]n consonancia con la finalidad global del proyecto de ley de proteger la salud pública, entre otras cosas reduciendo el número de niños y adolescentes que fuman cigarrillos, el [artículo 907(a)(1)(A)] tiene por objeto prohibir la fabricación y venta de cigarrillos con determinados 'aromas característicos' que atraen a los jóvenes".⁵¹⁹

7.287 Este es el contexto en el que debemos examinar si los cigarrillos de clavo de olor importados reciben un trato menos favorable que los cigarrillos mentolados nacionales, es decir, si son objeto de discriminación. Consideramos útil la definición de la discriminación y de cómo puede manifestarse que dio el Órgano de Apelación en *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, a saber:

"... Considerado en abstracto, el concepto de discriminación puede abarcar tanto el hecho de establecer distinciones entre situaciones similares como de tratar situaciones diferentes de manera formalmente idéntica. El Órgano de Apelación ha tratado anteriormente el concepto de discriminación y el significado de la expresión 'sin discriminación', y ha reconocido que, al menos en lo que se refiere a hacer distinciones entre situaciones similares, el sentido corriente de discriminación puede abarcar tanto las distinciones *per se* como las distinciones hechas sobre una base inadecuada. Sólo una interpretación integral y correcta de una disposición que prohíba la discriminación revelará qué tipo de trato diferenciado está prohibido. En

⁵¹³ Declaración oral del Brasil, párrafo 11.

⁵¹⁴ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 98; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 64.

⁵¹⁵ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 99; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 57.

⁵¹⁶ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 99.

⁵¹⁷ Respuesta de Indonesia a la pregunta 95 a) del Grupo Especial.

⁵¹⁸ Véanse los párrafos 2.6 y 2.7, *supra*.

⁵¹⁹ Estados Unidos - Prueba documental 67.

todos los casos, un reclamante que alegue discriminación tendrá que demostrar, para que prospere su alegación, que ha habido un trato diferenciado."⁵²⁰

7.288 A este respecto, nos viene a la mente el texto del preámbulo del *Acuerdo sobre la OMC*: "[d]eseosas de contribuir a estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales". Como declaró el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camarones*, "[c]omo este lenguaje del preámbulo refleja las intenciones de los negociadores del *Acuerdo sobre la OMC*, creemos que debe dar color, consistencia y matiz a nuestra interpretación de los Acuerdos anexos al *Acuerdo sobre la OMC*".⁵²¹ No creemos que fuera intención de los negociadores permitir que los Miembros reglamenten los productos de manera discriminatoria.

7.289 El *Acuerdo OTC* permite a los Miembros reglamentar los productos con el fin de alcanzar un objetivo legítimo, en este caso un objetivo de salud pública que consiste en reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Los Estados Unidos han indicado a este Grupo Especial que no incluyeron los cigarrillos mentolados, que hemos constatado que son similares a los cigarrillos de clavo de olor en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque hacerlo sin una nueva evaluación no sería apropiado para la salud pública, habida cuenta, entre otras cuestiones, de la posible repercusión en el sistema de atención sanitaria y la posible aparición de un mercado negro y del contrabando de cigarrillos mentolados.⁵²² Estas razones, que los Estados Unidos han presentado como si constituyeran por sí mismas un objetivo legítimo, nos parecen relacionadas de un modo u otro con los costos que podrían derivarse para los Estados Unidos de una prohibición de los cigarrillos mentolados. De hecho, que los Estados Unidos no prohíban los cigarrillos mentolados no se debe a que éstos no sean un tipo de cigarrillo con un aroma característico atractivo para los jóvenes⁵²³, sino a los costos que podrían resultar de esa prohibición. Recordamos que en el momento de la prohibición no había ningún cigarrillo nacional con un aroma característico, aparte de los cigarrillos mentolados, que representaban aproximadamente el 25 por ciento del mercado⁵²⁴ y una proporción muy

⁵²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 87.

⁵²¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 153.

⁵²² Los Estados Unidos remiten al Grupo Especial a las siguientes conclusiones de la FDA:

"La retirada repentina del mercado de productos a los que son adictos tantos millones de personas sería peligrosa. En primer lugar, podría haber riesgos de salud significativos para muchas de esas personas. En segundo lugar, es posible que nuestro sistema de atención sanitaria se viera desbordado por las demandas de tratamiento que esas personas generarían, y es improbable que los productos farmacéuticos disponibles pudieran tratar satisfactoriamente los síntomas de abstinencia de muchos consumidores de tabaco. En tercer lugar, la Agencia cree también que, habida cuenta de la intensidad de la adicción y la consiguiente dificultad de abandonar el consumo de tabaco, se formaría un mercado negro y se practicaría el contrabando para abastecer a los fumadores de esos productos. Parece probable, también, que los productos del mercado negro serían aún más peligrosos que los que se comercializan actualmente, ya que contendrían niveles aún mayores alquitrán, nicotina y productos adictivos tóxicos."

Regulations Restricting the Sale and Distribution of Cigarettes and Smokeless Tobacco to Protect Children and Adolescents (Reglamento por el que se restringe la venta y distribución de cigarrillos y de tabaco sin humo para proteger a los niños y los adolescentes), 61 *Fed. Reg.*, páginas 44, 413 (Estados Unidos - Prueba documental 25). Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 22. Véanse también los párrafos 23-25; y la respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 40, 89 y 100 del Grupo Especial.

⁵²³ Véanse los párrafos 7.200-7.232, *supra*.

⁵²⁴ Los Estados Unidos aducen que hay pruebas que demuestran que en 2008 y 2009 había en el mercado cigarrillos con aromas característicos producidos en los Estados Unidos (segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 132). A este respecto, señalan las Pruebas documentales 52 y 62 presentadas por los Estados Unidos. A nuestro juicio, ninguna de las pruebas documentales presentadas demuestra que en el

significativa de los cigarrillos consumidos por los jóvenes en los Estados Unidos.⁵²⁵ A nuestro parecer, el efecto de prohibir los cigarrillos que tengan un aroma característico distinto del mentol es imponer costos a los productores de otros Miembros, en particular a los productores de Indonesia, sin imponer al mismo tiempo ningún costo a ninguna entidad estadounidense.

7.290 No estamos afirmando que no esté permitido a los Estados Unidos adoptar medidas como el artículo 907(a)(1)(A) para reglamentar productos por motivos de salud pública; al contrario, ello está permitido siempre que se respeten los límites establecidos en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, como el de no restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo. Lo que afirmamos es que, si los Estados Unidos deciden hacer tal cosa, no han de dar a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el que otorgan a los cigarrillos mentolados nacionales similares con objeto de evitar posibles costos. En este asunto, los Estados Unidos han adoptado un reglamento técnico con el fin de lograr el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, pero al mismo tiempo han limitado los productos a los que se aplica el reglamento técnico con objeto de minimizar, o incluso eliminar, los posibles costos asociados, aunque originando costos a los productores de productos similares de otros Miembros.

7.291 El objeto y fin del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es prohibir la discriminación entre productos importados y productos nacionales similares en lo que respecta a los reglamentos técnicos. A nuestro juicio, ese objeto se frustraría si se permitiera a los Miembros excluir sus productos nacionales de la aplicación de esos reglamentos a fin de evitar posibles costos que en otro caso se derivarían.

v) *Conclusión sobre el trato menos favorable*

7.292 Concluimos, por lo tanto, que, al prohibir los cigarrillos de clavo de olor y eximir al mismo tiempo a los cigarrillos mentolados de la prohibición impuesta por el artículo 907(a)(1)(A), efectivamente se da a los cigarrillos de clavo de olor importados un trato menos favorable que el que se otorga a los cigarrillos mentolados nacionales, para los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

e) *Conclusión general sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC*

7.293 Al haber llegado a la conclusión de que: i) el artículo 907(a)(1)(A) es un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*; ii) los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y iii) al prohibir los cigarrillos de clavo de olor y exceptuar al mismo tiempo a los

momento de la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) se estuvieran vendiendo en el mercado cigarrillos aromatizados producidos en los Estados Unidos. En la Prueba documental 52 presentada por los Estados Unidos sólo figuran las "marcas conocidas de posibles cigarrillos 'aromatizados' vendidas en los Estados Unidos" en 2008. Esa prueba no informa, por lo tanto, de las marcas de cigarrillos presentes en el mercado estadounidense en el momento de la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A). En la Prueba documental 62 presentada por los Estados Unidos se enumeran las marcas de cigarrillos aromatizados con certificación de "seguros contra incendios" en los estados de Nueva York y Maine en 2009. Aunque esta última Prueba documental abarca hasta la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A), no demuestra cuáles eran las marcas y tipos de cigarrillos que se vendían efectivamente en el mercado estadounidense en esa fecha. Lo que hace es simplemente enumerar las marcas de cigarrillos con certificación de "seguros contra incendios". Por lo tanto, nos atenemos a nuestra conclusión.

⁵²⁵ Según los Estados Unidos, "aproximadamente el 31 por ciento de los fumadores jóvenes fuma cigarrillos mentolados, aunque la cifra podría ser mayor" (primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 33). Según Indonesia, los cigarrillos mentolados representan aproximadamente el 43 por ciento de los cigarrillos que consumen los adolescentes (primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 2, 7, 40, 93).

cigarrillos mentolados de la prohibición impuesta por el artículo 907(a)(1)(A), efectivamente se da a los cigarrillos de clavo de olor un trato menos favorable que el que se otorga a los cigarrillos mentolados, en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, constatamos que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.294 Habiendo constatado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, no examinaremos la alegación subsidiaria formulada por Indonesia al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

E. LA CUESTIÓN DE SI EL ARTÍCULO 907(A)(1)(A) ESTÁ JUSTIFICADO EN VIRTUD DEL APARTADO B) DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

1. Argumentos de las partes

7.295 Los **Estados Unidos** sostienen que el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.⁵²⁶

7.296 Los Estados Unidos sostienen que Indonesia no ha establecido que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Sostienen, sin embargo, que, "si el Grupo Especial abordara la cuestión de las excepciones del GATT", la aplicación del artículo 907(a)(1)(A) estaría justificada en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.⁵²⁷ Aclaran que no invocan el artículo XX del GATT como defensa con respecto a las alegaciones formuladas por Indonesia al amparo del *Acuerdo OTC*⁵²⁸, por lo que no es necesario que el Grupo Especial formule una constatación sobre la posibilidad de justificar en virtud del artículo XX una infracción de una disposición del *Acuerdo OTC*.⁵²⁹

7.297 Los Estados Unidos sostienen que el artículo 907(a)(1)(A) está comprendido en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX.⁵³⁰ Según afirman, el artículo 907(a)(1)(A) se promulgó para proteger la vida y la salud humanas del riesgo derivado del consumo de tabaco, y era necesario para asegurarse de que no puedan venderse en los Estados Unidos productos que son utilizados predominantemente como productos de "iniciación" por los jóvenes y generan adicciones que duran años, problemas de salud y posiblemente la muerte.⁵³¹ Los Estados Unidos recuerdan que, ante la pregunta de si una medida es "necesaria", otros grupos especiales han llevado a cabo "un proceso de sopesar y confrontar una serie de factores". En este asunto, todos los factores inclinan la balanza en favor de la determinación de que el artículo 907(a)(1)(A) es necesario. En primer lugar, "el interés en juego es de importancia fundamental".⁵³² En segundo lugar, el artículo 907(a)(1)(A) "contribuye directamente" a la protección de la vida y la salud humanas, y hay una "relación auténtica de fines a medios entre el objetivo perseguido y la medida en litigio".⁵³³ En tercer lugar, la situación en la que se promulgó el artículo 907(a)(1)(A), a saber, las tasas inadmisiblemente altas de consumo de tabaco entre los jóvenes que hacían necesaria la imposición de fuertes restricciones, es pertinente al evaluar

⁵²⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 311-342.

⁵²⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 311; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 72.

⁵²⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Grupo Especial, párrafo 159.

⁵²⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 79 del Grupo Especial, párrafo 160.

⁵³⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 315-329; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 73-77.

⁵³¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 315-318, 322; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 73 y 74.

⁵³² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 324; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 76.

⁵³³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 325 y 326; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 76.

el "grado de restricción del comercio" que la medida impone, el cual, dadas las circunstancias, es limitado.⁵³⁴

7.298 Los Estados Unidos sostienen que el artículo 907(a)(1)(A) también satisface las prescripciones del preámbulo del artículo XX.⁵³⁵ En primer lugar, aducen que no hay "en absoluto ningún trato diferente", por lo que no puede haber ninguna "discriminación", ya sea arbitraria, injustificable o de otro tipo.⁵³⁶ Sin embargo, incluso si se constatará que el artículo 907(a)(1)(A) "discrimina", esa discriminación no podría considerarse "arbitraria" ni "injustificable".⁵³⁷ Por último, las pruebas demuestran que el artículo 907(a)(1)(A) no es una "restricción encubierta" del comercio.⁵³⁸

7.299 **Indonesia** aduce que el artículo XX del GATT de 1994 "no autoriza" la medida en litigio, porque ésta "constituye una restricción del comercio internacional disfrazada de medida necesaria para proteger la salud humana".⁵³⁹ Indonesia sostiene además que no puede invocarse el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 por lo que respecta a las infracciones del *Acuerdo OTC*.⁵⁴⁰

7.300 Indonesia sostiene que ya ha demostrado, en su análisis de la medida en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, que: a) la medida no es "necesaria" para alcanzar el nivel de protección que se pretende lograr con la FSPTCA⁵⁴¹; y b) había medidas menos restrictivas del comercio que estaban razonablemente al alcance de los Estados Unidos.⁵⁴²

7.301 Indonesia sostiene que, incluso si la medida es en cierto modo "necesaria" para proteger a los jóvenes del tabaco, no por ello deja de ser una "restricción encubierta" del comercio internacional en el sentido del preámbulo del artículo XX.⁵⁴³ A juicio de Indonesia, ello se debe a que, al "amoldar la prohibición de los 'aromas característicos' de tal forma que no se retirara del mercado prácticamente ninguno de los cigarrillos nacionales, incluidos los más consumidos por los jóvenes, los Estados Unidos pudieron generar la *apariencia* de una actuación drástica contra el consumo de tabaco por los jóvenes, sin de hecho infligir ningún daño real a las empresas tabacaleras estadounidenses ni eliminar ningún cigarrillo de producción nacional que goce de gran aceptación entre los jóvenes".⁵⁴⁴

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.302 Los argumentos de las partes plantean dos cuestiones principales. La primera es si es necesario que el Grupo Especial determine si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Si es necesario que lo haga, la segunda cuestión es si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

⁵³⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 327-329.

⁵³⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 330-342.

⁵³⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 334; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 79.

⁵³⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 335-337; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 79.

⁵³⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 338-341; y declaración oral de los Estados Unidos en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 80.

⁵³⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 114-127.

⁵⁴⁰ Respuesta de Indonesia a la pregunta 79 del Grupo Especial, párrafos 156 y 157.

⁵⁴¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 120.

⁵⁴² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 126.

⁵⁴³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 121.

⁵⁴⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 125 (las cursivas figuran en el original).

7.303 Comenzaremos nuestro análisis exponiendo el texto del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. A continuación analizaremos si es necesario que determinemos si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Dependiendo de cuál sea nuestra conclusión, podremos continuar o no nuestro análisis de la defensa formulada por los Estados Unidos al amparo del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.304 El artículo XX del GATT de 1994 se titula "Excepciones generales". Junto con su preámbulo, el apartado b) del artículo XX dispone lo siguiente:

"A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

...

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales."

c) La cuestión de si es necesario que el Grupo Especial determine si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994

7.305 Como se ha explicado *supra*, la primera cuestión que hemos de considerar es si es necesario que determinemos si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

7.306 Recordamos que el Grupo Especial ha constatado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Más concretamente, hemos constatado que el artículo 907(a)(1)(A) da a los cigarrillos de clavo de olor (producto importado de Indonesia) un trato menos favorable que el otorgado a un producto similar de origen nacional (es decir, los cigarrillos mentolados).⁵⁴⁵

7.307 Recordamos también que, al haber llegado a esa conclusión, decidimos no examinar la alegación subsidiaria formulada por Indonesia al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994⁵⁴⁶, por lo que no hemos formulado ninguna constatación de infracción con respecto a esta última disposición. En consecuencia, no es necesario que el Grupo Especial considere si una infracción de esa disposición podría estar justificada en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Por lo tanto, habida cuenta de nuestra decisión de no examinar la alegación de infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 formulada por Indonesia, nos abstenemos de examinar la defensa de los Estados Unidos, al amparo del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, respecto de la supuesta infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁵⁴⁷

7.308 En relación con la infracción del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, los Estados Unidos han dejado claro que "no invoca[n] el artículo XX del GATT de 1994 como defensa de las

⁵⁴⁵ Véase la sección VII.D.2 e), *supra*.

⁵⁴⁶ Véase la sección VII.D.2 e), *supra*.

⁵⁴⁷ Observamos que en asuntos anteriores los grupos especiales sólo han procedido a examinar si una medida está justificada en virtud de una de las excepciones generales del artículo XX cuando habían aceptado una o varias alegaciones de infracción respecto de las que se había presentado la defensa basada en el artículo XX.

alegaciones formuladas por Indonesia al amparo del *Acuerdo OTC*.⁵⁴⁸ Dadas las circunstancias, entendemos que los Estados Unidos opinan que no es necesario que el Grupo Especial formule una constatación sobre la posibilidad de ampararse en el artículo XX para justificar la infracción de una disposición del *Acuerdo OTC*.⁵⁴⁹

7.309 Nuestra tarea consiste en hacer una evaluación objetiva del asunto que se nos ha sometido.⁵⁵⁰ No nos corresponde ampliar la materia que nos ha sido presentada por las partes. Por lo tanto, no emprenderemos un análisis del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

d) Conclusión

7.310 Por estas razones, el Grupo Especial concluye que no es necesario abordar la cuestión de si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. Por consiguiente, el Grupo Especial se abstiene de hacerlo.

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

1. Argumentos de las partes

7.311 **Indonesia** alega que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar el objetivo y el nivel de protección deseados por los Estados Unidos y es, por lo tanto, un obstáculo innecesario al comercio.⁵⁵¹

7.312 Indonesia afirma que el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Se apoya en una declaración del informe de la Cámara de Representantes, conforme a la cual el artículo 907(a)(1)(A) "tiene por objeto prohibir la fabricación y venta de cigarrillos con determinados 'aromas característicos' que atraen a los jóvenes".⁵⁵² Sostiene que los "jóvenes" de que se trata son menores (es decir, personas de menos de 18 años de edad) y no, como aducen los Estados Unidos, menores y también adultos jóvenes.⁵⁵³ También impugna el intento de los Estados Unidos de considerar como un segundo "objetivo" del artículo 907(a)(1)(A) la supuesta justificación de la exclusión de los cigarrillos mentolados del ámbito de aplicación de la prohibición.⁵⁵⁴ Sin embargo, Indonesia aduce que, con independencia de que el Grupo Especial acepte la formulación del objetivo propuesta por Indonesia o la propuesta por los Estados Unidos, la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no deja de restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo, porque ambas partes incluyen la "reducción del consumo de

⁵⁴⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 78 del Grupo Especial, párrafo 159.

⁵⁴⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 79 del Grupo Especial, párrafo 160.

⁵⁵⁰ Artículo 11 del ESD.

⁵⁵¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 73.

⁵⁵² Respuesta de Indonesia a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafos 127 y 128; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 112.

⁵⁵³ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 114; declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 75; y observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 101 del Grupo Especial, párrafos 52-54.

⁵⁵⁴ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 113; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 74. Indonesia se refiere a la declaración de los Estados Unidos conforme a la cual el segundo objetivo sería "evitar las posibles consecuencias negativas asociadas a la prohibición de productos a los que son adictos química y psicológicamente decenas de millones de adultos, habida cuenta de las consecuencias posibles pero desconocidas para la salud de los usuarios considerados individualmente o del conjunto de la población", respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 60, 100 del Grupo Especial.

tabaco entre los jóvenes" entre sus objetivos, y es en ese punto en el que falla la defensa de los Estados Unidos.⁵⁵⁵

7.313 Indonesia sugiere que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no tiene un objetivo "legítimo", puesto que, aduce, es una "restricción encubierta" del comercio internacional y "un lobo con la piel de cordero" de la salud pública.⁵⁵⁶ Aclara que, aunque el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) "tal como declara" en la FSPTCA y en el informe de la Cámara de Representantes (a saber, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes) es un objetivo "legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la "medida en sí misma" es una restricción encubierta del comercio internacional.⁵⁵⁷ Más concretamente, Indonesia afirma que los Estados Unidos no incluyeron los cigarrillos mentolados en el artículo 907(a)(1)(A) porque Philip Morris se opuso a ello, que la exclusión de los cigarrillos mentolados de la prohibición fue el resultado de una transacción política, y que la verdadera preocupación era lograr un acuerdo para aprobar la FSPTCA en el Congreso de los Estados Unidos, evitando al mismo tiempo la posible pérdida de empleos en los Estados Unidos que se derivaría de una prohibición de los cigarrillos mentolados.⁵⁵⁸

7.314 Indonesia sostiene que, a fin de analizar si una medida "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar su objetivo, el Grupo Especial debe guiarse por la jurisprudencia existente relativa al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.⁵⁵⁹ Observa que todos los terceros que han tratado el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en sus comunicaciones y declaraciones ante el Grupo Especial han respaldado la conclusión de Indonesia a este respecto.⁵⁶⁰ A juicio de Indonesia, los Estados Unidos exageran la importancia de las diferencias contextuales entre el párrafo 2 del artículo 2 y el apartado b) del artículo XX y no aportan ninguna razón convincente por la que el Grupo Especial no deba considerar las interpretaciones del apartado b) del artículo XX en su análisis del párrafo 2 del artículo 2.⁵⁶¹ Indonesia discrepa de los Estados Unidos en que el párrafo 2 del artículo 2 deba interpretarse de forma que incorpore la expresión "significativamente menos restrictiva del comercio" de la nota 3 al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.⁵⁶² Considera, sin embargo, que la aplicación de ese criterio probablemente no tendría ninguna consecuencia práctica en el presente asunto, ya que todas las medidas alternativas que identifica serían "significativamente" menos restrictivas del comercio que la medida aplicada por los Estados Unidos.⁵⁶³

7.315 Indonesia aduce además que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" porque "excede con creces del nivel de protección que tratan de alcanzar" los Estados Unidos.⁵⁶⁴ Afirma que el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos por medio de la FSPTCA no consiste en "una reducción drástica del número de jóvenes que fuman", sino más bien en "una reglamentación suficiente para disuadir a los adolescentes del consumo

⁵⁵⁵ Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 81.

⁵⁵⁶ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140; y respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial.

⁵⁵⁷ Respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 34.

⁵⁵⁸ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 118; respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 37; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 79.

⁵⁵⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 75-77.

⁵⁶⁰ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 107.

⁵⁶¹ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 109-111; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 71.

⁵⁶² Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 155; respuesta de Indonesia a la pregunta 56 del Grupo Especial, párrafo 116; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 108, 110 y 135; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 69.

⁵⁶³ Respuesta de Indonesia a la pregunta 57 del Grupo Especial, párrafo 117.

⁵⁶⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 85.

de productos de tabaco, aunque sin prohibirlo".⁵⁶⁵ Sostiene que una prohibición "es el instrumento de reglamentación más restrictivo del comercio de que se dispone, y en ciertas circunstancias puede ser la única opción para alcanzar un objetivo sanitario, por ejemplo cuando el nivel de protección necesario es la *eliminación* del riesgo".⁵⁶⁶ Razona que, aunque en la FSPTCA no se identifica el nivel de protección que se trata de alcanzar, de las disposiciones de la ley se desprende un nivel de protección deseado muy inferior al elevado nivel que alegan los Estados Unidos.⁵⁶⁷

7.316 Indonesia aduce además que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" porque no hace ninguna contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.⁵⁶⁸ Sostiene que la pregunta que el Grupo Especial debe plantear es "si prohibir los cigarrillos de clavo de olor, pero no los cigarrillos mentolados o los ordinarios, contribuye a reducir el nivel de consumo de tabaco entre los adolescentes".⁵⁶⁹ Añade que "en gran medida, la respuesta a esa pregunta depende de si los cigarrillos de clavo de olor son más similares a los cigarrillos que fuman los adultos, que están excluidos de la prohibición, o si son más similares a los aromas de 'caramelo' concebidos y comercializados para atraer a los niños a fumar".⁵⁷⁰ Indonesia argumenta a continuación lo siguiente: i) que los cigarrillos de clavo de olor no entrañan un riesgo para la salud mayor que el de otros cigarrillos⁵⁷¹; ii) que los jóvenes no fuman cigarrillos de clavo de olor en cantidades significativas⁵⁷²; iii) que la FSPTCA no prohíbe otros productos de tabaco aromatizados que gozan de gran aceptación entre los jóvenes⁵⁷³; y iv) que los testimonios científicos disponibles demuestran que prohibir los cigarrillos de clavo de olor, pero no los cigarrillos mentolados o los cigarrillos ordinarios, no servirá de mucho para disuadir a los jóvenes de fumar.⁵⁷⁴ Indonesia concluye que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "es improbable que tenga efecto alguno en el consumo de tabaco por los jóvenes", y ni siquiera alcanza el nivel mínimo de "hacer una contribución" al objetivo de la FSPTCA.⁵⁷⁵ Pone de relieve que al "evaluar la cuestión de la necesidad de la medida, el Grupo Especial tendría que considerar la contribución que, si acaso, pueda hacer el artículo 907(a)(1)(A) a la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes si no se prohíben los cigarrillos mentolados y los ordinarios".⁵⁷⁶ Subraya que al prohibir sólo una "porción minúscula" de los cigarrillos que fuman los jóvenes, la medida no puede hacer una "contribución importante" al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, por lo que restringe el comercio más de lo necesario para cumplir ese objetivo.⁵⁷⁷

7.317 Indonesia sostiene que no es necesario probar que había una medida alternativa a la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor que estaba razonablemente disponible, ya que la prohibición no cumple realmente su objetivo.⁵⁷⁸ No obstante, aduce que, incluso si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hace algún tipo de contribución al objetivo de reducir el consumo de

⁵⁶⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 84.

⁵⁶⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 85 (las cursivas figuran en el original).

⁵⁶⁷ Respuesta de Indonesia a la pregunta 58 c) del Grupo Especial, párrafo 123; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 124.

⁵⁶⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 86 a 103.

⁵⁶⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 89.

⁵⁷⁰ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 89.

⁵⁷¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 90 y 91.

⁵⁷² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 92-96.

⁵⁷³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 97 y 98.

⁵⁷⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 99-102.

⁵⁷⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 103.

⁵⁷⁶ Respuesta de Indonesia a la pregunta 54 del Grupo Especial, párrafo 45.

⁵⁷⁷ Respuesta de Indonesia a la pregunta 2 del Grupo Especial, párrafo 6; respuesta de Indonesia a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 124; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 2 y 125.

⁵⁷⁸ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 158-162; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 84.

tabaco entre los jóvenes, sigue sin poder ser considerada "necesaria", porque hay medidas menos restrictivas del comercio que estaban razonablemente disponibles a fin de limitar la disponibilidad de cigarrillos de clavo de olor para los jóvenes.⁵⁷⁹ A este respecto, Indonesia examina las siguientes medidas: i) las otras disposiciones del FSPTCA, que son aplicables a los cigarrillos mentolados y los cigarrillos ordinarios, concebidas para reducir la capacidad de las empresas fabricantes de cigarrillos para seguir prácticas dirigidas a atraer a los jóvenes⁵⁸⁰; ii) las medidas que la FSPTCA prohíbe expresamente tomar a la FDA (por ejemplo, aumentar la edad a partir de la que está permitido fumar), que reducirían significativamente el consumo de tabaco entre los jóvenes y no serían particularmente restrictivas del comercio⁵⁸¹; iii) determinadas medidas que no restringen el comercio previstas en un acuerdo de avenencia de 2006 entre R.J. Reynolds y los Fiscales Generales de varios Estados en relación con nuevos productos que, según afirmaban defensores de la salud, se concibieron y comercializaron para atraer a los jóvenes⁵⁸²; iv) medidas no restrictivas del comercio adoptadas por otros países, como Australia y Singapur, para hacer frente al consumo de tabaco entre los jóvenes⁵⁸³; y v) varias medidas establecidas en el *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco*, encaminadas a impedir la venta de cigarrillos a los menores.⁵⁸⁴ En su segunda comunicación escrita Indonesia sostiene que no tiene que demostrar que las alternativas que propone son "significativamente" menos restrictivas del comercio, porque los Estados Unidos han tomado indebidamente esa expresión de la nota 3 al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.⁵⁸⁵

7.318 Los **Estados Unidos** sostienen que la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe ser desestimada.

7.319 En cuanto al objetivo que persigue el artículo 907(a)(1)(A), los Estados Unidos sostienen que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados "tiene por finalidad cumplir el objetivo de reducir la tasa de jóvenes que se hacen fumadores, eliminado del mercado determinados productos que resultan especialmente atractivos para los jóvenes".⁵⁸⁶ Rechazan que, como afirma Indonesia, el objetivo de la prohibición sea reducir la incidencia del consumo de tabaco sólo entre las personas de 17 o menos años de edad, y afirman que, por el contrario, el objetivo es reducir el consumo de tabaco de todas las personas comprendidas en la "etapa de iniciación" (es decir, entre los 12 y los 26 años de edad).⁵⁸⁷ Los Estados Unidos subrayan además que el artículo 907(a)(1)(A) tiene un segundo objetivo, que es evitar las posibles consecuencias negativas derivadas de la prohibición de productos a los que son adictos química y psicológicamente decenas de millones de adultos, habida cuenta de las consecuencias posibles pero desconocidas para la salud de los usuarios considerados individualmente o del conjunto de la población.⁵⁸⁸ A juicio de los Estados Unidos, "Indonesia describe de manera errónea una y otra vez el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) al afirmar que consiste en 'reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes'", lo que constituye una "burda

⁵⁷⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 104-111.

⁵⁸⁰ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.

⁵⁸¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 107.

⁵⁸² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 108.

⁵⁸³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.

⁵⁸⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.

⁵⁸⁵ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 135.

⁵⁸⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 229.

⁵⁸⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 12 b) del Grupo Especial, párrafo 16; y respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 100 y 101 del Grupo Especial, párrafos 62 y 71-77.

⁵⁸⁸ El Grupo Especial observa que los Estados Unidos han aducido que su posición de que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) comprende la consideración de las consecuencias negativas para la salud pública está respaldada por el propio texto del artículo 907(a)(1)(A), así como por otras disposiciones del artículo 907, como el artículo 907(b)(2). Según han explicado los Estados Unidos, el artículo 907(b)(2) exige que, antes de aprobar, revisar o revocar una norma relativa a los productos de tabaco, la FDA considere las consecuencias negativas de toda propuesta de nueva norma o de revisión o revocación de una norma vigente. Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 60 y 100 del Grupo Especial.

simplificación del objetivo del artículo 907(a)(1)(A)".⁵⁸⁹ En opinión de los Estados Unidos, el efecto que tiene en la práctica definir el objetivo señalando que consiste simplemente en "reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes", sin considerar las posibles consecuencias negativas, es que "esa limitación puede dar lugar a que la medida se compare a un conjunto de medidas alternativas diferente".⁵⁹⁰

7.320 Los Estados Unidos no creen que la medida sea una "restricción encubierta" del comercio internacional.⁵⁹¹ A su juicio, no hay en el texto, el diseño, la arquitectura o la estructura reveladora del artículo 907(a)(1)(A) nada que apoye la alegación de Indonesia de que la medida no prohibió los cigarrillos mentolados porque una determinada empresa estadounidense se opuso a ello. En la extensa historia legislativa de la FSPTCA no hay nada que apoye la afirmación de Indonesia, y en las pruebas que ésta aporta a este respecto -un informe periodístico- simplemente se cita a un político que especula sobre su visión personal de la legislación.

7.321 En cuanto a la cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario", los Estados Unidos sostienen que la jurisprudencia relativa al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 no es pertinente en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y consideran que la opinión contraria entraña un "enfoque radical".⁵⁹² A su juicio, el Grupo Especial debe aplicar en su lugar el criterio enunciado en el párrafo 6 del artículo 5 y la nota 3 del *Acuerdo MSF*, y exigir a Indonesia que demuestre lo siguiente: i) que hay una medida alternativa que está razonablemente disponible; ii) que cumple el objetivo de la medida en el nivel que el Miembro que la impone considera adecuado; y iii) que es "significativamente" menos restrictiva del comercio.⁵⁹³ Sin embargo, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos reconocen que "en la presente diferencia no parece plantearse" la cuestión de si el párrafo 2 del artículo 2 establece el criterio de que la medida deba ser "significativamente menos restrictiva del comercio".⁵⁹⁴

7.322 Los Estados Unidos no están de acuerdo en que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor exceda con creces del nivel de protección que pretenden alcanzar los Estados Unidos. Reconocen que si la medida en litigio "va más allá del nivel de protección elegido", una medida menos restrictiva del comercio puede cumplir igualmente el objetivo legítimo del Miembro.⁵⁹⁵ Sin embargo, la interpretación que hace Indonesia del nivel de protección que pretenden alcanzar los Estados Unidos es errónea.⁵⁹⁶ Habida cuenta de la larga y frustrante experiencia del Gobierno de los

⁵⁸⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 153.

⁵⁹⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafo 63.

⁵⁹¹ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 75; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial.

⁵⁹² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 310.

⁵⁹³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 262-265.

⁵⁹⁴ Los Estados Unidos entienden que una parte reclamante no establece una infracción del párrafo 2 del artículo 2 probando que existe una medida alternativa que cumple el objetivo legítimo del Miembro importador en el nivel que éste considera adecuado y que es menos restrictiva del comercio, cuando esa medida es menos restrictiva sólo por un margen *de minimis*. Véase la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 263 (donde se cita una carta dirigida por Peter D. Sutherland, Director General del GATT, al Embajador John Schmidt, Negociador Jefe de los Estados Unidos (15 de diciembre de 1993), Estados Unidos - Prueba documental 79). Sin embargo, dado que ninguna de las medidas alternativas que Indonesia propone prohíbe el comercio de ningún tipo de cigarrillos aromatizados, los Estados Unidos consideran que "en la presente diferencia no parece plantearse" la cuestión de si el párrafo 2 del artículo 2 establece el criterio de que la medida deba ser "significativamente menos restrictiva del comercio". Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 57 del Grupo Especial, párrafo 130.

⁵⁹⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 b) del Grupo Especial, párrafo 134.

⁵⁹⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 255-257.

Estados Unidos en sus intentos por limitar el consumo de tabaco entre los jóvenes, el "alto" nivel de protección que pretenden alcanzar los Estados Unidos se pone de manifiesto en la medida aplicada: una prohibición completa.⁵⁹⁷ El nivel al que los Estados Unidos consideran adecuado proteger la salud pública es eliminar del mercado los productos que son objeto de un consumo desproporcionado por los jóvenes, no simplemente limitar el acceso a esos productos.⁵⁹⁸

7.323 Los Estados Unidos sostienen que el argumento de Indonesia relativo a la existencia de una "contribución importante" al cumplimiento del objetivo es infundado.⁵⁹⁹ Afirman que si bien esta cuestión es jurídicamente irrelevante para el análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*⁶⁰⁰, prohibir los cigarrillos de clavo de olor constituye una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.⁶⁰¹ Si la medida impugnada hace o no una contribución importante debe juzgarse atendiendo a la propia medida, no comparándola con medidas alternativas.⁶⁰² La OMS ha respaldado la opinión de que los cigarrillos de clavo de olor atraen desproporcionadamente a los jóvenes, por lo que presentan la misma preocupación para la salud pública que los demás cigarrillos prohibidos por el artículo 907(a)(1)(A), y los datos del estudio de seguimiento del consumo real de cigarrillos de clavo de olor por los jóvenes confirma que, de hecho, los jóvenes con edades comprendidas en la etapa de iniciación consumen desproporcionadamente cigarrillos de clavo de olor, al igual que cigarrillos con otros aromas característicos, como los de chocolate, cereza, coco, etc.⁶⁰³ Además, el hecho de que un determinado producto "de habituación", como los cigarrillos de clavo de olor, no tenga un mercado grande no altera esta apreciación; los productos que atraen desproporcionadamente a los jóvenes presentan una particular preocupación para la salud pública, sea cual sea su cuota de mercado, y la eliminación de esos productos contribuirá de forma importante a la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes.⁶⁰⁴ Aunque cabe suponer que los Estados Unidos podrían haber concebido una medida que pretendiera eliminar o reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes en mayor medida que el artículo 907(a)(1)(A), no hay en el *Acuerdo OTC* nada que exija a los Miembros que traten de cumplir sus objetivos legítimos en la mayor medida posible, o a un determinado nivel.⁶⁰⁵ Los Estados Unidos afirman que los cigarrillos de clavo de olor de hecho atraen a los jóvenes al consumo de tabaco.⁶⁰⁶ A su juicio, las pruebas muestran que los cigarrillos de clavo de olor, como los cigarrillos con aroma de chocolate, vainilla y similares, son preferidos abrumadoramente por los adolescentes y los adultos jóvenes, en lugar de los adultos.⁶⁰⁷

7.324 Con respecto a la existencia de medidas menos restrictivas del comercio, los Estados Unidos sostienen que simplemente enumerando una serie de restricciones diferentes tomadas de otras partes de la FSPTCA, el Acuerdo de Avenencia de RJ Reynolds de 2006, las leyes de Singapur y de Australia y el CMCT, Indonesia no satisface la carga de probar que hay una medida menos restrictiva del comercio que lograría el objetivo de los Estados Unidos al nivel de protección que los Estados

⁵⁹⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 227.

⁵⁹⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 b) del Grupo Especial, párrafo 135; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 147.

⁵⁹⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 156-163.

⁶⁰⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 a) del Grupo Especial. Sin embargo, los Estados Unidos reconocen que, "[a]unque el párrafo 2 del artículo 2 no exige que la medida cumpla su objetivo, es difícil creer que una medida que es completamente incapaz de cumplir su objetivo -es decir, una medida que no hace siquiera una contribución marginal a su objetivo- pueda declararse compatible con el párrafo 2 del artículo 2".

⁶⁰¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 b) del Grupo Especial.

⁶⁰² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 b) del Grupo Especial, párrafos 82-84.

⁶⁰³ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 46-49; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 b) del Grupo Especial, párrafo 85.

⁶⁰⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 b) del Grupo Especial, párrafo 86.

⁶⁰⁵ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 161.

⁶⁰⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 245.

⁶⁰⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 249.

Unidos consideran adecuado.⁶⁰⁸ En su segunda comunicación escrita los Estados Unidos sostienen que Indonesia sigue haciendo vagas referencias a decenas de medidas diferentes que se aplican a todos los cigarrillos, por ejemplo las restricciones publicitarias. Indonesia no aduce ninguna prueba de que alguna de esas medidas cumpla el objetivo legítimo al nivel que los Estados Unidos consideran adecuado. Por lo tanto, no ha satisfecho la carga de acreditar *prima facie* que el artículo 907(a)(1)(A) restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo legítimo.⁶⁰⁹ Por otro lado, las medidas alternativas que Indonesia señala no cumplirían de hecho los objetivos del artículo 907(a)(1)(A) al nivel que los Estados Unidos consideran adecuado: todas ellas seguirían permitiendo que permanecieran en el mercado cigarrillos de habituación con aromas característicos de caramelo, frutas, licor, etc. Los Estados Unidos sostienen que ya imponen restricciones significativas a la publicidad, comercialización y venta de cigarrillos⁶¹⁰, y que muchas de las posibles medidas alternativas propuestas por Indonesia se aplican ya en los Estados Unidos.⁶¹¹

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.325 La cuestión fundamental que se nos plantea es si la prohibición impuesta por los Estados Unidos a los cigarrillos de clavo de olor⁶¹² restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, y, por lo tanto, infringe el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.326 Hay varios puntos de discrepancia entre las partes con respecto a esta alegación. Los principales son los que se indican a continuación. En primer lugar, las partes no están de acuerdo en si Indonesia ha identificado correctamente el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. En segundo lugar, las partes al parecer no están de acuerdo en si el objetivo que persiguen los Estados Unidos con la prohibición de los cigarrillos de clavo es legítimo. En tercer lugar, las partes no están de acuerdo en si la jurisprudencia relativa al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es pertinente para la interpretación del criterio del "grado de restricción del comercio mayor del requerido" establecido en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En cuarto lugar, las partes no están de acuerdo en si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del nivel de protección que pretenden alcanzar los Estados Unidos. En quinto lugar, las partes no están de acuerdo en si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hace una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Por último, las partes no están de acuerdo en si hay medidas alternativas menos restrictivas del comercio que harían una contribución equivalente para lograr el objetivo perseguido al nivel de protección que los Estados Unidos pretenden alcanzar. A nuestro juicio, algunas de estas cuestiones están interrelacionadas en cierta medida.

7.327 Comenzaremos exponiendo el texto de la disposición jurídica en cuestión.

⁶⁰⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 270.

⁶⁰⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 164.

⁶¹⁰ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 165; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 108 del Grupo Especial, párrafo 103.

⁶¹¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 316; segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 165; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 109 c) del Grupo Especial, párrafos 109 y 110.

⁶¹² Tenemos presente que, como los Estados Unidos han puesto de relieve a lo largo de este procedimiento, el artículo 907(a)(1)(A) prohíbe todos los cigarrillos que tengan un aroma característico, salvo el de mentol, y no sólo los cigarrillos de clavo de olor. Véase, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 68.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.328 El párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* dispone:

"Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexas o los usos finales a que se destinen los productos."

7.329 Observamos que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* ha sido examinado en varios informes anteriores⁶¹³ de grupos especiales y del Órgano de Apelación, aunque sólo brevemente.⁶¹⁴ En el asunto *CE - Amianto* el Grupo Especial observó que "los criterios consignados en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* sobre la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos son muy similares a los del artículo XX del GATT de 1994. Por lo demás, en el preámbulo del

⁶¹³ El Grupo Especial es consciente de que hay en curso otras actuaciones de grupos especiales en las que se han planteado alegaciones al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Véanse *Estados Unidos - Atún II (México)*, WT/DS381/4, página 2; *Estados Unidos - EPO (Canadá)*, WT/DS384/8, página 2; y *Estados Unidos - EPO (México)*, WT/DS386/7, página 3. Sin embargo, en la fecha en que se dio traslado a las partes del informe provisional en esta diferencia, los informes de los grupos especiales encargados de esos otros asuntos aún no se habían distribuido.

⁶¹⁴ En el asunto *CE - Amianto*, el Canadá alegó que la medida en litigio era incompatible con varias disposiciones del *Acuerdo OTC*, entre ellas el párrafo 2 del artículo 2. El Grupo Especial encargado de ese asunto constató que la medida en litigio no era un "reglamento técnico", por lo que no examinó la alegación formulada por el Canadá al amparo del párrafo 2 del artículo 2. Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafos 3.1, 9.1. El Órgano de Apelación constató que la medida era un "reglamento técnico", pero declaró que no tenía una base suficiente para examinar debidamente las alegaciones del Canadá al amparo del *Acuerdo OTC*, y se abstuvo de hacerlo. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 83. En el asunto *CE - Sardinias*, el Perú solicitó que el Grupo Especial examinara primero su alegación formulada al amparo del párrafo 2 del artículo 4 del *Acuerdo OTC* y a continuación las formuladas al amparo de los párrafos 2 y 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, sólo si determinaba que el reglamento de la CE no era incompatible con el párrafo 2 del artículo 4. El Grupo Especial determinó que el reglamento de la CE era incompatible con el párrafo 2 del artículo 4 del *Acuerdo OTC*, por lo que no examinó la alegación amparada en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafos 7.14, 7.16-7.19, 7.147, 7.151 y 152. El Órgano de Apelación se abstuvo de formular una constatación en el marco del párrafo 2 del artículo 2 por la misma razón que el Grupo Especial. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafos 312 y 313. En el asunto *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, Australia formuló una alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2, pero el Grupo Especial constató que la medida en litigio no era un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*. Informe del Grupo Especial, *CE - Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, párrafo 7.515. En el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Canadá y la Argentina presentaron alegaciones subsidiarias al amparo del *Acuerdo OTC*, incluido el párrafo 2 del artículo 2, para el caso de que se constatará que las medidas estaban abarcadas por el *Acuerdo OTC* además de por el *Acuerdo MSF*, o en lugar de por éste. El Grupo Especial constató que las medidas en litigio eran una medida sanitaria o fitosanitaria, por lo que no examinaron las alegaciones amparadas en el *Acuerdo OTC*. Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafos 7.2524, 7.2528, 7.3412, 7.3413, 8.38, 8.42-8.46, 8.53 y 8.57-8.62.

Acuerdo OTC se recogen algunos de los términos del artículo XX del GATT".⁶¹⁵ En el asunto *CE - Sardinias*, el Grupo Especial observó lo siguiente:

"el párrafo 2 del artículo 2 y este texto del preámbulo afirman que corresponde a los Miembros decidir cuáles son los objetivos de política que desean perseguir y los niveles a los que desean perseguirlos. Al mismo tiempo, estas disposiciones imponen ciertos límites a la autonomía de los Miembros que deciden adoptar reglamentos técnicos: los Miembros no pueden crear obstáculos al comercio que sean innecesarios o que en su aplicación constituyan una discriminación arbitraria o injustificada o una restricción encubierta del comercio internacional. De este modo, el Acuerdo OTC, como el GATT de 1994, cuyos objetivos tiene el propósito de impulsar, otorga cierto grado de deferencia a los objetivos de política interna que los Miembros deseen perseguir. Sin embargo, el Acuerdo OTC, como el GATT de 1994, muestra menos deferencia respecto de los medios que los Miembros escogen para el logro de sus objetivos de política interna. ..." ⁶¹⁶

7.330 En el presente asunto, las partes coinciden en que la primera frase del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece un principio general, cuyo significado se explica y define en la segunda frase de esa misma disposición. Dicho de otra forma, las partes están de acuerdo en que la primera frase del párrafo 2 del artículo 2 no crea una obligación aparte y distinta de la que figura en la segunda.⁶¹⁷ No vemos razón para discrepar⁶¹⁸, y continuaremos nuestro análisis en el entendimiento de que efectivamente es así.

7.331 Las partes también coinciden en que recae sobre Indonesia la carga de la prueba en lo que respecta a su alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁶¹⁹ A este respecto, las partes están de acuerdo en que hay una diferencia significativa entre el párrafo 2 del artículo 2 y el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.⁶²⁰ De nuevo, no vemos razón para discrepar. Por lo tanto, continuaremos nuestro análisis en el entendimiento de que Indonesia debe demostrar que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor restringe el comercio más de lo necesario para cumplir un objetivo legítimo (teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo). Al mismo tiempo, las partes están de acuerdo en que no hay ninguna "norma internacional pertinente" en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁶²¹ En consecuencia, si bien recae sobre Indonesia la carga de probar una infracción del párrafo 2 del artículo 2, no partimos de una presunción refutable de que

⁶¹⁵ Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafo 8.55.

⁶¹⁶ Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.120.

⁶¹⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 275; y respuesta de Indonesia a la pregunta 98 del Grupo Especial.

⁶¹⁸ Dado que las partes en este asunto coinciden en este punto, no es necesario que este Grupo Especial lo examine con detalle. Basta observar que la segunda frase comienza por las palabras "a tal fin", que establecen un vínculo directo entre las dos frases y dan a entender que la segunda explica el significado de la primera, y el resto de la segunda frase parece ser, conforme a sus términos, un desarrollo del concepto de obstáculo "innecesario" al comercio internacional.

⁶¹⁹ Véase, en general, la respuesta de Indonesia a las preguntas 4, 12 c) del Grupo Especial.

⁶²⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 267; declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 156; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109 (donde se cita la declaración oral de la Unión Europea en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 15).

⁶²¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 113; y respuestas de las partes a la pregunta 59 del Grupo Especial.

la prohibición impuesta a los cigarrillos de clavo de olor no es un obstáculo innecesario al comercio.⁶²²

7.332 Al parecer, las partes están de acuerdo también en que la índole del análisis que debe llevarse a cabo en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es diferente de la del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁶²³ Tampoco en este caso vemos razón para discrepar. Las principales cuestiones que se plantean en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en este asunto son si los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados son productos "similares" y, en tal caso, si se da a los cigarrillos de clavo de olor un "trato menos favorable" que el otorgado a los cigarrillos mentolados. La principal cuestión en el marco del párrafo 2 del artículo 2 en este asunto es si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Por lo tanto, nuestra constatación de que la medida es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 no prejuzga la respuesta a la pregunta de si la medida es compatible con el párrafo 2 del artículo 2.

7.333 Conforme a los términos del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, para ser compatible con esa disposición un reglamento técnico: i) ha de perseguir un "objetivo legítimo"; y ii) no ha de restringir el comercio más de lo "necesario" para alcanzar ese objetivo legítimo (teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo). Por consiguiente, el párrafo 2 del artículo 2 parece exigir un análisis en dos etapas. Ese análisis en dos etapas constituye el marco general en el que examinaremos las cuestiones en litigio que se han señalado *supra*.

c) La cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor persigue un objetivo legítimo

7.334 En esta sección examinamos dos cuestiones diferentes, aunque relacionadas. La primera es si Indonesia ha identificado correctamente el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. La segunda es si el objetivo perseguido por los Estados Unidos con la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es legítimo.

i) *La cuestión de si Indonesia ha identificado correctamente el objetivo de la prohibición*

7.335 En *Brasil - Neumáticos recauchutados* el Órgano de Apelación indicó que "comenzar[ía] por identificar el objetivo perseguido por la prohibición de las importaciones".⁶²⁴ A nuestro juicio, la identificación del objetivo perseguido es el punto de partida lógico en un análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, ya que es el punto de referencia para analizar si la medida "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar su objetivo.⁶²⁵

7.336 En el presente asunto, las partes coinciden en que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor tiene por objeto reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Aunque reconocemos que en el

⁶²² La segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece que "[s]iempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional".

⁶²³ Declaración de Indonesia en la primera reunión con el Grupo Especial, párrafos 132, 133 y 140; y respuesta de Indonesia a la pregunta 53 del Grupo Especial, párrafo 113. Aunque los Estados Unidos no han tratado expresamente la relación entre los párrafos 1 y 2 del artículo 2, no vemos en su argumentación nada que indique que tienen una opinión diferente a este respecto.

⁶²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 144.

⁶²⁵ En el contexto de un análisis en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Amianto* explicó que lo que había que preguntarse era si las medidas impugnadas eran "necesarias para alcanzar los objetivos propuestos". Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafo 8.182.

texto de la propia FSPTCA no se declara el objetivo del artículo 907(a)(1)(A), el Grupo Especial dispone de considerables pruebas que apoyan esa opinión. Por ejemplo, la respalda el informe de la Cámara de Representantes. Observamos que en el informe de la Cámara de Representantes se enuncian tanto los objetivos de la FSPTCA en general como del artículo 907(a)(1)(A) en particular.⁶²⁶ Según se declara en el informe de la Cámara de Representantes:

"Los objetivos [de la FSPTCA] son otorgar al Secretario debidas facultades sobre los productos de tabaco con objeto de proteger la salud pública y reducir el número de personas de menos de 18 años de edad que consumen productos de tabaco."⁶²⁷

7.337 En el informe de la Cámara de Representantes se declara el objetivo del artículo 907(a)(1)(A), a saber:

"En consonancia con la finalidad global del proyecto de ley de proteger la salud pública, entre otras cosas reduciendo el número de niños y adolescentes que fuman cigarrillos, el artículo 907(a)(1) tiene por objeto prohibir la fabricación y venta de cigarrillos con determinados 'aromas característicos' que atraen a los jóvenes."⁶²⁸

7.338 Además, las Orientaciones de la FDA apoyan la conclusión de que el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. En ese documento se explican de la siguiente forma las razones para la promulgación del artículo 907(a)(1)(A):

"El tabaquismo es la principal causa de muertes evitables en los Estados Unidos, y se cobra más de 400.000 vidas cada año. Una manera importante de reducir las muertes y las enfermedades causadas por el tabaquismo es impedir que los niños y los adolescentes comiencen a fumar. Algunos estudios han demostrado que la probabilidad de que se consuman cigarrillos aromatizados es tres veces mayor entre los fumadores de 17 años que entre los de más de 25 años. Los productos aromatizados, además de ser más atractivos para los jóvenes, hacen más fácil que los nuevos fumadores comiencen a fumar, ya que enmascaran el aroma desagradable del tabaco. Determinados estudios también han demostrado que los jóvenes creen que los productos de tabaco aromatizados son más inocuos que los productos de tabaco no aromatizados.

Los cigarrillos aromatizados son tan adictivos y tienen los mismos tipos de efectos nocivos que los cigarrillos ordinarios. La eliminación de esos productos aromatizados del mercado es importante porque cierra una vía que los jóvenes pueden utilizar para comenzar a consumir tabaco habitualmente. El Congreso promulgó específicamente la prohibición de la venta de cigarrillos y sus partes componentes, como los filtros y los papeles, que contienen determinados aromas característicos. La eliminación del mercado de los cigarrillos que contienen determinados aromas característicos es un paso importante en los esfuerzos de la nación para reducir los casos de enfermedades y muertes causadas por productos de tabaco en virtud de la

⁶²⁶ Informe de la Cámara de Representantes, 111-58, parte 1 (2009). Indonesia presentó el informe de la Cámara de Representantes como Prueba documental 2; y los Estados Unidos presentaron el mismo informe como Prueba documental 67.

⁶²⁷ Estados Unidos - Prueba documental 67, página 14.

⁶²⁸ Estados Unidos - Prueba documental 67, página 37.

autoridad conferida por la FSPTCA, firmada por el Presidente Obama el 22 de junio de 2009."⁶²⁹

7.339 Sin embargo, aunque las partes coinciden en que el objetivo de la prohibición es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, discrepan en dos puntos en cuanto al objetivo del artículo 907(a)(1)(A). El primero es lo que significa "jóvenes": mientras que Indonesia entiende que "jóvenes" significa menores (es decir, personas de menos de 18 años)⁶³⁰, los Estados Unidos afirman que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) es reducir el consumo de tabaco de todas las personas comprendidas en la "etapa de iniciación", que define como las edades de 12 a 26 años.⁶³¹ La segunda es si el artículo 907(a)(1)(A) tiene un solo objetivo: mientras que los Estados Unidos aducen que la exclusión de los cigarrillos mentolados del ámbito de aplicación del artículo 907(a)(1)(A) obedece a un segundo "objetivo" de la medida, que es evitar las posibles consecuencias negativas derivadas de la prohibición de productos a los que son adictos química y psicológicamente decenas de millones de adultos⁶³², Indonesia considera que ello guarda relación con la supuesta *justificación* de la exclusión de los cigarrillos mentolados del ámbito de aplicación de la prohibición, y no constituye un segundo "objetivo" del artículo 907(a)(1)(A).⁶³³

7.340 A nuestro juicio, no resulta claro que debamos resolver la discrepancia entre las partes en cuanto al objetivo exacto del artículo 907(a)(1)(A). En primer lugar, el resultado de nuestro análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no depende de que nos pronunciemos en un sentido o en otro.⁶³⁴ En segundo lugar, ninguna de las partes ha explicado por qué es necesario que este Grupo Especial identifique el objetivo de una medida con tal nivel de precisión.⁶³⁵

7.341 Dicho esto, consideramos que, aunque las pruebas de que disponemos no están exentas de ambigüedad, están más en consonancia con la afirmación de Indonesia de que el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre las personas

⁶²⁹ Orientaciones, respuesta a la pregunta 1 (Indonesia - Prueba documental 41). Véase también *FDA Advisory - Flavored Tobacco Products; What you need to know* (Consejos de la FDA - Productos de tabaco aromatizados: lo que Ud. necesita saber) (Indonesia - Prueba documental 25).

⁶³⁰ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 114; declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 75; y observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 101 del Grupo Especial, párrafos 52-54.

⁶³¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 12 b) del Grupo Especial, párrafo 16; y respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 100 y 101 del Grupo Especial, párrafos 62 y 71-77.

⁶³² Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 60, 100 del Grupo Especial.

⁶³³ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 113; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 74.

⁶³⁴ Por su parte, Indonesia aduce que, tanto si el Grupo Especial acepta la formulación del objetivo propuesta por los Estados Unidos como la propuesta por Indonesia, la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor sigue restringiendo el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo, porque ambas partes incluyen "reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes" entre los objetivos de la medida, y ese es el punto en el que falla la defensa de los Estados Unidos. Declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 81. Los Estados Unidos, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial en la que se les pedía que aclarasen cuáles serían en la práctica las consecuencias de definir el objetivo únicamente en relación con "reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes", sin considerar las posibles consecuencias negativas, señalan simplemente que "esa limitación puede dar lugar a un conjunto de medidas alternativas diferentes con las que comparar la medida impugnada". Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 100 del Grupo Especial, párrafo 63. Sin embargo, los Estados Unidos no precisan en qué forma ello daría lugar a un conjunto diferente de medidas alternativas.

⁶³⁵ Observamos que los "objetivos legítimos" mencionados expresamente en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* están formulados a un nivel de generalidad alto. De hecho, definir el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) determinando que consiste en "reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes" puede ser ya más específico de lo exigido por el párrafo 2 del artículo 2, que menciona la "protección de la salud humana" en general como objetivo legítimo.

menores de 18 años. Como señala Indonesia, en el artículo 2 de la FSPTCA se enumeran 49 constataciones del Congreso de los Estados Unidos en relación con el uso del tabaco, y "[n]o menos de una cuarta parte de esas constataciones hace referencia al consumo de tabaco por 'jóvenes', 'adolescentes', 'menores', 'menores de edad' y 'menores de 18 años'".⁶³⁶ Además, los pasajes del informe de la Cámara de Representantes y de las Orientaciones de la FDA citados *supra* apoyan esta opinión: en el primero se indica que uno de los objetivos globales de la FSPTCA es "reducir el número de personas de menos de 18 años de edad"⁶³⁷ que consumen productos de tabaco, y que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) en particular es "reduci[r] el número de niños y adolescentes"⁶³⁸ que fuman cigarrillos; en este último documento se declara que una manera importante de reducir la muerte y las enfermedades causadas por el consumo de tabaco es impedir que los "niños y adolescentes"⁶³⁹ comiencen a fumar.

7.342 En cuanto a la segunda cuestión, consideramos que sería perfectamente posible, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, que un mismo reglamento técnico persiga más de un objetivo. Por otro lado, recordamos la orientación del Órgano de Apelación sobre la necesidad de examinar los reglamentos técnicos como un todo integrado, teniendo en cuenta, según corresponda, tanto las prohibiciones como sus excepciones.⁶⁴⁰ Sin embargo, coincidimos con Indonesia en que el deseo de los Estados Unidos de evitar las posibles consecuencias negativas derivadas de la prohibición de productos a los que son adictos química y psicológicamente decenas de millones de adultos no es un "objetivo" del artículo 907(a)(1)(A) propiamente dicho, sino la supuesta justificación de la exclusión de los cigarrillos mentolados del ámbito de aplicación de la prohibición. En esencia, nos resulta difícil comprender cómo puede describirse como objetivo de un reglamento técnico la justificación de la exclusión de determinados productos del ámbito de aplicación de ese reglamento técnico.

7.343 Por estas razones, concluimos que Indonesia ha demostrado que el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes (es decir, las personas de menos de 18 años de edad). Esta conclusión servirá de punto de referencia para analizar si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo.

ii) *La cuestión de si el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es "legítimo"*

7.344 Habiendo determinado el objetivo que perseguían los Estados Unidos al promulgar el artículo 907(a)(1)(A), procedemos a examinar su legitimidad. Recordamos que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* dispone que los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo "legítimo", teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. En el párrafo 2 del artículo 2 se explica que tales objetivos "legítimos" son, entre otros, "los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la

⁶³⁶ Respuesta de Indonesia a la pregunta 12 b) del Grupo Especial.

⁶³⁷ Estados Unidos - Prueba documental 67, página 14.

⁶³⁸ Estados Unidos - Prueba documental 67, página 37.

⁶³⁹ Orientaciones, respuesta a la pregunta 1 (Indonesia - Prueba documental 41). Véase también *FDA Advisory - Flavored Tobacco Products; What you need to know* (Consejos de la FDA - Productos de tabaco aromatizados: lo que Ud. necesita saber) (Indonesia - Prueba documental 25).

⁶⁴⁰ En el asunto *CE - Amianto*, el Grupo Especial adoptó un enfoque de interpretación en dos etapas, que consistía en examinar primero la aplicación del *Acuerdo OTC* a la "prohibición" establecida en la medida y, en segundo lugar y por separado, las "excepciones" previstas en la medida. Aplicando ese enfoque en dos etapas, el Grupo Especial concluyó en definitiva que el elemento de "prohibición" de la medida no era un "reglamento técnico", mientras que el elemento de "excepciones" sí lo era. El Órgano de Apelación concluyó que el enfoque y la conclusión del Grupo Especial constituían un error de derecho, y explicó que "la medida en cuestión ha de examinarse como un todo integrado, teniendo en cuenta, según sea procedente, los elementos prohibitivos y permisivos que forman parte de ella". Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 64.

protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente". Como observó el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Sardinias*, aunque precisar los objetivos de una medida es prerrogativa del Miembro que la establezca, "los grupos especiales [...] necesitan determinar la legitimidad de esos objetivos".⁶⁴¹ El Órgano de Apelación respaldó esa conclusión declarando que compartía la opinión de que la segunda parte del párrafo 4 del artículo 2 "implica que se debe examinar y determinar la legitimidad de los objetivos de la medida".⁶⁴²

7.345 En el presente asunto, Indonesia sugiere que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no tiene un objetivo "legítimo", y aduce que la medida es una "restricción encubierta" del comercio internacional y un "lobo con la piel de cordero" de la salud pública.⁶⁴³ Indonesia aclara que, mientras que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A), "según se enuncia" en la FSPTCA y en el informe de la Cámara de Representantes (a saber, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes), es un objetivo "legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la "medida en sí misma" es una restricción encubierta del comercio internacional.⁶⁴⁴ Según afirma Indonesia, los Estados Unidos no incluyeron los cigarrillos mentolados en el artículo 907(a)(1)(A) porque Philip Morris se opuso a ello. Indonesia sostiene que la exclusión de los cigarrillos mentolados de la prohibición fue el resultado de una transacción política, y que la verdadera preocupación era lograr un acuerdo para la aprobación de la FSPTCA en el Congreso estadounidense, evitando al mismo tiempo la posible pérdida de empleos en los Estados Unidos derivada de la prohibición de los cigarrillos mentolados.⁶⁴⁵

7.346 Al ser la parte que impugna la legitimidad del objetivo identificado, recae sobre Indonesia la carga de establecer que ese objetivo no es "legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.347 Ya hemos concluido que el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Es evidente que las medidas para reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes están encaminadas a proteger la salud humana, y en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se menciona explícitamente la "protección de la salud humana" como uno de los "objetivos legítimos" comprendidos en esa disposición. En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación declaró que "el objetivo que se persigue con la medida es proteger la vida y la salud de las personas mediante la eliminación o reducción de los riesgos conocidos que entrañan para la salud y la vida de las personas las fibras de amianto. El objetivo perseguido es vital y de la máxima importancia".⁶⁴⁶ Recordamos además que en *Brasil - Neumáticos recauchutados* el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial encargado de ese asunto en que "pocos intereses son más 'vitales' e 'importantes' que la protección de los seres humanos frente a riesgos sanitarios".⁶⁴⁷

7.348 Por otro lado, aunque una parte reclamante tiene libertad para tratar de demostrar que una medida no tiene un objetivo "legítimo" y que las apariencias pueden ser engañosas, el argumento de Indonesia en este asunto equivale a decir que los Estados Unidos han actuado de mala fe. En *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, el Órgano de Apelación, recordando sus anteriores informes sobre los asuntos *Estados Unidos - Camarones* y *Estados Unidos - Acero laminado en caliente*, reconoció que "existe un fundamento para que un grupo especial de solución de diferencias

⁶⁴¹ Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.121.

⁶⁴² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 286.

⁶⁴³ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140; y respuesta de Indonesia a la pregunta del Grupo Especial 99.

⁶⁴⁴ Respuesta de Indonesia a la pregunta del Grupo Especial 99, párrafo 34.

⁶⁴⁵ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 118; respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 37; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 79.

⁶⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 172.

⁶⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 144 (no se reproducen las notas de pie de página).

determine, cuando proceda, si un Miembro no ha actuado de buena fe".⁶⁴⁸ Sin embargo el Órgano de Apelación dejó claro que tales constataciones no se deben hacer a la ligera.

7.349 Por último, aun si aceptáramos, a efectos de argumentación, las aseveraciones de Indonesia -es decir, que los Estados Unidos no incluyeron los cigarrillos mentolados en el artículo 907(a)(1)(A) "porque Philip Morris se opuso a ello", que la exclusión de los cigarrillos mentolados de la prohibición fue el resultado de una "transacción política" y que "la verdadera preocupación era lograr un acuerdo para aprobar la FSPTCA en el Congreso estadounidense, evitando al mismo tiempo la posible pérdida de empleos en los Estados Unidos derivada de la prohibición de los cigarrillos mentolados"⁶⁴⁹ - no vemos cómo nada de ello podría poner en tela de juicio la conclusión de que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor está encaminada a reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes y que ese es un objetivo legítimo. A nuestro juicio, esas aseveraciones parecen estar más relacionadas con la cuestión de si es creíble o no la justificación propuesta por los Estados Unidos para excluir los cigarrillos mentolados del ámbito de aplicación de la prohibición -a saber, supuestamente evitar las posibles consecuencias negativas derivadas de la prohibición de productos (es decir, los cigarrillos mentolados) a los que son adictos química y psicológicamente decenas de millones de adultos, debido a las consecuencias posibles pero desconocidas para la salud de los usuarios considerados individualmente o del conjunto de la población⁶⁵⁰-. A nuestro juicio, se trata de cuestiones distintas.⁶⁵¹

7.350 Por estas razones, concluimos que Indonesia no ha demostrado que el objetivo de la prohibición no es "legítimo".

- d) La cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restring[e] el comercio más de lo necesario" para alcanzar el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes

7.351 Tras haber definido el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor como la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes y haber concluido que este objetivo es legítimo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, proseguiremos ahora con la segunda etapa de nuestro análisis, que consiste en examinar si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restring[e] el comercio más de lo necesario" para alcanzar ese objetivo legítimo (teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo).

7.352 Nuestro examen se centra en cuatro cuestiones principales. La primera es si la jurisprudencia relativa al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es pertinente para la interpretación del criterio de no "restringir el comercio más de lo necesario" del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. La segunda cuestión es si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos. La tercera cuestión es si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hace una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. La cuarta cuestión es si existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que representen una contribución equivalente al logro del objetivo que se persigue, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos.

⁶⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 297.

⁶⁴⁹ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 118; respuesta de Indonesia a la pregunta 99 del Grupo Especial, párrafo 37; y declaración oral de Indonesia en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 79.

⁶⁵⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Grupo Especial.

⁶⁵¹ No es necesario que nos pronunciemos, y no lo hacemos, sobre esta cuestión para resolver sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2.

- i) *La cuestión de si la jurisprudencia elaborada conforme al apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es pertinente para la interpretación del criterio de no "restringir el comercio más de lo necesario" del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC*

7.353 En la presente diferencia, las partes no sólo están en desacuerdo en lo que respecta a la cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario", sino también acerca del marco jurídico adecuado para llevar a cabo ese análisis. En su primera comunicación escrita, Indonesia parte de la premisa de que el criterio elaborado en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es igualmente aplicable a la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Los Estados Unidos no están de acuerdo y lo califican de "enfoque radical".⁶⁵² A su juicio, el Grupo Especial debería aplicar en cambio el criterio elaborado por el Órgano de Apelación en el contexto del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.⁶⁵³

7.354 El artículo XX del GATT de 1994 se titula "Excepciones generales". Su preámbulo y su apartado b) dicen lo siguiente:

"A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

...

- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales."

7.355 Existe una jurisprudencia sustancial relativa a la interpretación y aplicación del apartado b) del artículo XX⁶⁵⁴ y su preámbulo.⁶⁵⁵

7.356 Como antes se indicó⁶⁵⁶, consideramos que el intérprete de un tratado no debe transponer automáticamente la jurisprudencia elaborada en el contexto de una disposición a otra disposición. Antes bien, el intérprete de un tratado debe examinar cuidadosamente cualquier diferencia en el texto, el contexto y la finalidad de las disposiciones y evaluar su sentido. A nuestro juicio, el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone este enfoque cauteloso, que también es compatible con anteriores constataciones del Órgano de Apelación.

⁶⁵² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 310.

⁶⁵³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 262-265.

⁶⁵⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafos 6.20-6.29; informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafos 8.184-8.223; informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 155-175; informe del Grupo Especial, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafos 7.178-7.224; informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.35-7.215, 7.375-7.380 y 7.438-7.446; informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 133-212; e informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Aves de corral (China)*, párrafos 7.458-7.483.

⁶⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafos 22-30; informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 7.31-7.62; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 146-186; informe del Grupo Especial, *Argentina - Pieles y cueros*, párrafos 11.309-11.331; informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafos 8.224-8.240; informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafos 5.43-5.144; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafos 111-152; informe del Grupo Especial, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafos 7.225-7.235; informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 7.217-7.357 y 7.375-7.380; e informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 213-252.

⁶⁵⁶ Véase la sección VII.D.2 c) i) *supra*.

Por ejemplo, en *Estados Unidos - Juegos de azar*, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que algunas decisiones adoptadas anteriormente en virtud del artículo XX del GATT de 1994 eran pertinentes para su análisis en el marco del artículo XIV del AGCS, pero únicamente tras examinar las diferencias y similitudes entre ambas disposiciones:

"El artículo XIV del AGCS establece las excepciones generales de las obligaciones previstas en ese Acuerdo de la misma manera que lo hace el artículo XX del GATT de 1994. Estas dos disposiciones afirman el derecho de los Miembros de procurar los objetivos identificados en los párrafos de esas disposiciones aunque, al hacerlo, actúen de manera incompatible con las obligaciones establecidas en otras disposiciones de los respectivos acuerdos, siempre y cuando se cumplan todas las condiciones establecidas en ellas. En las dos disposiciones se utiliza una redacción similar³⁴⁹, en particular el término 'necesarias' y las prescripciones establecidas en sus respectivos preámbulos. Por consiguiente, al igual que el Grupo Especial, consideramos que las decisiones adoptadas anteriormente en virtud del artículo XX del GATT de 1994 son pertinentes para nuestro análisis en virtud del artículo XIV del AGCS.

³⁴⁹ No obstante la similitud general del texto de estas dos disposiciones, observamos que el apartado a) del artículo XIV del AGCS autoriza expresamente a los Miembros a adoptar medidas 'necesarias para proteger la moral o mantener el orden público', mientras que la excepción correspondiente que figura en el apartado a) del artículo XX del GATT de 1994 habla de medidas 'necesarias para proteger la moral pública'. (sin cursivas en el original)⁶⁵⁷

7.357 El argumento de los Estados Unidos según el cual recurrir a la jurisprudencia elaborada en relación con el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* representaría un "enfoque radical" se basa en la premisa de que dicho párrafo 2 del artículo 2 debería ser interpretado y aplicado de una manera radicalmente diferente de la manera en que se ha interpretado y aplicado el apartado b) del artículo XX. Tras examinar cuidadosamente el texto, el contexto y el objetivo del apartado b) del artículo XX y el párrafo 2 del artículo 2, disentimos.

7.358 Para empezar, el texto de la segunda frase del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es muy similar al que figura en el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. En realidad, cuando el "objetivo legítimo" en cuestión es, como en este caso, la "protección de la salud humana", las expresiones parecen intercambiables. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, el Grupo Especial interpretó que la expresión "necesarias para proteger la salud y la vida de las personas" del apartado b) del artículo XX exigía analizar si las medidas "eran necesarias para alcanzar el objetivo de esa política" de proteger la salud y la vida de las personas.⁶⁵⁸

7.359 Además, el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece una relación directa con el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994. A este respecto, observamos que el sexto considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC* reproduce esencialmente el texto del artículo XX del GATT de 1994.⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 291 y nota 349 (no se reproducen algunas notas de pie de página).

⁶⁵⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Gasolina*, párrafo 6.20 (citado en el informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafo 8.169; en el informe del Grupo Especial, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafo 7.197; y en el informe del Grupo Especial, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 7.40).

⁶⁵⁹ Véase el texto del sexto considerando del preámbulo en el párrafo 7.3 *supra*.

7.360 Por otra parte, tomamos nota de que el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Amianto* observó que "los criterios consignados en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC sobre la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos son muy similares a los del artículo XX del GATT de 1994. Por lo demás, en el preámbulo del Acuerdo OTC se recogen algunos de los términos del artículo XX del GATT. A juicio del Grupo Especial, el Acuerdo OTC constituye un desarrollo del GATT".⁶⁶⁰ A continuación, el Grupo Especial añadió, en una nota, lo siguiente:

"[L]os trabajos preparatorios del Acuerdo OTC realizados en la Ronda de Tokio indican que ya se entendía que el que resultase de la Ronda de Tokio sería un desarrollo de las normas existentes del GATT, en particular de su artículo XX. Véase por ejemplo, el pasaje del documento MTN/3E/W/26, de octubre de 1974, citado en el párrafo 7 del documento TRE/W/21, de 17 de enero de 1994."⁶⁶¹

7.361 En nuestra opinión, las consideraciones anteriores no respaldan la opinión de que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debería interpretarse de manera radicalmente distinta del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

7.362 Además, los Estados Unidos no han señalado, de hecho, diferencias significativas entre los criterios elaborados en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 y los elaborados en el marco del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, ni ningún aspecto de la jurisprudencia sobre el apartado b) del artículo XX relacionado con la interpretación del término "necesarias" que no se pueda aplicar al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Los Estados Unidos sugieren que existen tres diferencias entre el criterio elaborado en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 y el elaborado en el marco del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. A continuación examinaremos las supuestas diferencias.

7.363 En primer lugar, los Estados Unidos indican que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, un grupo especial debe indagar si una medida que alcanza un objetivo legítimo "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar dicho objetivo, mientras que de conformidad con el artículo XX del GATT de 1994, la cuestión es si es "necesario" infringir el GATT de 1994 para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, para proteger la moral pública o para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos. Por lo tanto, según los Estados Unidos, las dos alternativas que se confrontan en el marco del párrafo 2 del artículo 2 son compatibles con las normas de la OMC, mientras que una de las alternativas que se confrontan en el marco del artículo XX del GATT de 1994 es incompatible con las normas de la OMC y la otra es compatible con ellas.⁶⁶² Si bien esta afirmación puede ser correcta en

⁶⁶⁰ Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, párrafo 8.55.

⁶⁶¹ Informe del Grupo Especial, *CE - Amianto*, nota 41.

⁶⁶² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 267. Los Estados Unidos, basándose en esta diferencia entre la redacción del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 y la del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, aducen además que existe otra diferencia significativa entre estas disposiciones, a saber, que la cuestión que se plantea en el marco del apartado b) del artículo XX es si la *propia medida* es necesaria, mientras que la cuestión que se plantea en el marco del párrafo 2 del artículo 2 es si el *grado de restricción del comercio* es necesario (segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 181; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 55 del Grupo Especial, párrafo 123). Coincidimos con los Estados Unidos en que el texto del apartado b) del artículo XX se refiere a la cuestión de si la medida que restringe el comercio es necesaria para alcanzar su objetivo, mientras que el del párrafo 2 del artículo 2 se refiere a la cuestión de si el grado de restricción del comercio que entraña esa medida es necesario para alcanzar su objetivo. Sin embargo, los Estados Unidos no han explicado por qué o cómo un análisis formulado en relación con la necesidad de la "restricción del comercio" impuesta por una medida que restringe el comercio difiere significativamente de otro análisis referente a la necesidad de esa medida que restringe el comercio. Por ejemplo, los argumentos de los Estados Unidos en la presente diferencia sugieren que un grupo especial que analiza la necesidad del *grado de restricción del comercio* que entraña una medida que restringe el comercio a

algún caso, no vemos qué relación tiene con la cuestión de si el criterio jurídico elaborado en virtud del apartado b) del artículo XX es aplicable al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Coincidimos con la Unión Europea en que:

"Sin embargo, esta diferencia es relativamente poco importante para establecer cómo se deberían interpretar *los términos* del párrafo 2 del artículo 2. El hecho de que el artículo XX del *GATT de 1994* constituya una excepción y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* una prohibición no tiene que ver con la cuestión de *cómo* se debería interpretar el párrafo 2 del artículo 2 ni con la cuestión de la importancia de la jurisprudencia relativa al artículo XX del *GATT de 1994*. Más bien, esta diferencia 'funcional' entre las dos disposiciones afecta únicamente a la distribución de la carga de la prueba entre las partes y no al sentido de los términos de una disposición."⁶⁶³

7.364 En segundo lugar, los Estados Unidos señalan que, a diferencia de la situación prevista en el artículo XX del *GATT de 1994*, corresponde a la parte reclamante establecer que la medida "restringe el comercio más de lo necesario" a tenor del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁶⁶⁴ Esto es correcto, pero de este hecho (que el artículo XX y el párrafo 2 del artículo 2 asignan la carga de la prueba de forma diferente) no se desprende que la jurisprudencia elaborada en el contexto del apartado b) del artículo XX no pueda ofrecer orientación sobre la interpretación del criterio de no "restringir el comercio más de lo necesario" del párrafo 2 del artículo 2.

7.365 En tercer lugar, los Estados Unidos recurren a la nota 3 al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* para argumentar que el criterio correcto que se debe aplicar es si existe una medida alternativa que sea "significativamente" menos restrictiva del comercio.⁶⁶⁵ El párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y su nota de pie de página establecen lo siguiente:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica."³

³ A los efectos del párrafo 6 del artículo 5, una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el

tenor del párrafo 2 del artículo 2 (en oposición a la necesidad de una *medida* que restringe el comercio) seguiría teniendo que examinar en qué grado hace una "contribución" esa *medida* a su objetivo. Recordamos, a este respecto, que los Estados Unidos reconocen que "aunque el párrafo 2 del artículo 2 no exige que la medida alcance su objetivo, es difícil creer que una medida que es completamente incapaz de alcanzar su objetivo -es decir, una medida que no hace siquiera una contribución marginal a su objetivo- pueda declararse compatible con el párrafo 2 del artículo 2" (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 103 a) del Grupo Especial).

⁶⁶³ Declaración oral de la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 15.

⁶⁶⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 267.

⁶⁶⁵ El Grupo Especial toma nota de que los Estados Unidos también sostienen que una carta dirigida en 1993 por Peter D. Sutherland, Director General del GATT, al Embajador John Schmidt, Negociador Jefe de los Estados Unidos, Estados Unidos - Prueba documental 79, brinda un apoyo adicional, como medio de interpretación complementario previsto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la posición de que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe interpretarse de forma similar al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y, concretamente, que no cabe considerar que una medida restringe el comercio más de lo necesario si no existe una medida alternativa razonablemente disponible que sea "significativamente" menos restrictiva del comercio.

nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea *significativamente* menos restrictiva del comercio." (sin cursivas en el original)

7.366 Sin embargo, los Estados Unidos no explican en qué basan la premisa subyacente de que en el marco del apartado b) del artículo XX se aplica un criterio diferente. Desde luego, no tenemos constancia de ningún informe de un grupo especial del GATT o de la OMC ni del Órgano de Apelación que sugiera que en el marco del apartado b) del artículo XX se aplica un criterio diferente. Además, en respuesta a una pregunta formulada por el Grupo Especial, los Estados Unidos reconocen que la cuestión de si el párrafo 2 del artículo 2 entraña un criterio "significativamente menos restrictivo del comercio" "no parecería plantearse en la presente diferencia", en la que la medida impugnada es una prohibición de las importaciones, si Indonesia aportara pruebas suficientes de que existe una medida alternativa que no prohíbe su producto.⁶⁶⁶

7.367 Observamos asimismo que, en el contexto de una argumentación según la cual la medida estaría justificada en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 "en caso de que el Grupo Especial abordara la cuestión de las excepciones del GATT", los Estados Unidos presentan un detallado examen de la jurisprudencia relativa a esa disposición y a continuación proponen fundamentalmente los mismos argumentos que habían planteado en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por ejemplo, los Estados Unidos sostienen que, "como se examinó en la sección III.H", es decir, la sección de su primera comunicación escrita relativa al párrafo 2 del artículo 2, "el artículo 907(a)(1)(A) se promulgó para proteger la vida y la salud de las personas del riesgo que plantea el consumo de tabaco" y que "era necesario para garantizar que no se pudieran vender de ningún modo en los Estados Unidos productos que los jóvenes consumen principalmente como productos de 'iniciación' y general adicciones que duran años, problemas de salud y, posiblemente, la muerte".⁶⁶⁷ En el contexto de su análisis del apartado b) del artículo XX, los Estados Unidos observan que, "[c]omo se explica más arriba", lo que a nuestro entender se refiere al contexto de su análisis del párrafo 2 del artículo 2, "[e]l consumo de tabaco plantea un riesgo innegable para la vida y la salud de las personas. Y está claro que, al prohibir ciertos productos que los jóvenes fumadores consumen principalmente como productos de 'iniciación', el Congreso adoptó una medida para reducir el riesgo planteado por el consumo de tabaco".⁶⁶⁸ También en el contexto de su análisis del apartado b) del artículo XX, los Estados Unidos sostienen que, "[c]omo se ha explicado con detalle en esta comunicación, el consumo de tabaco plantea un riesgo grave para la vida y la salud de las personas, y la FSPTCA es la última de una serie de restricciones impuestas a las empresas tabacaleras con el fin de hacer frente a este riesgo".⁶⁶⁹

7.368 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, no nos convence el argumento de los Estados Unidos de que la jurisprudencia elaborada en el contexto del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es inaplicable al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Antes bien, coincidimos con Indonesia, así como con los terceros que se han ocupado de esta cuestión, en que la jurisprudencia elaborada en el contexto del apartado b) del artículo XX es pertinente para la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, consultaremos esta jurisprudencia en busca de orientación al examinar los argumentos de las partes relativos a la cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario".

7.369 No coincidimos con los Estados Unidos en que "ningún aspecto"⁶⁷⁰ de la jurisprudencia sobre el apartado b) del artículo XX es aplicable a un análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2. Al mismo tiempo, no estamos diciendo que se pueda transponer en su totalidad la jurisprudencia sobre

⁶⁶⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 57 del Grupo Especial, párrafo 130.

⁶⁶⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 316.

⁶⁶⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 318.

⁶⁶⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 322.

⁶⁷⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 55 del Grupo Especial, párrafo 121.

el apartado b) del artículo XX al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Es posible que determinados aspectos de esta jurisprudencia no se puedan aplicar en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Más bien, consideramos que se pueden tener en cuenta algunos aspectos de la jurisprudencia sobre el apartado b) del artículo XX en el contexto de la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

ii) *La cuestión de si Indonesia ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos*

7.370 En la presente diferencia, ambas partes coinciden en que el "nivel de protección" deseado está directamente relacionado con la cuestión de si una medida "restringe el comercio más de lo necesario" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁶⁷¹ No encontramos motivos para disentir. Aunque en el texto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no se menciona expresamente este concepto, el sexto considerando del preámbulo de dicho *Acuerdo* establece que no debe impedirse a ningún país que adopte las medidas "necesarias para ... la protección de la salud y la vida de las personas ... a los niveles que considere apropiados". Además, otros grupos especiales y el Órgano de Apelación han tenido en cuenta el "nivel de protección" en el contexto del análisis de medidas adoptadas al amparo del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, a pesar de que estas palabras tampoco figuran en esa disposición. El Órgano de Apelación ha explicado, entre otras cosas, que "para que pueda ser considerada una alternativa, la medida propuesta por el Miembro reclamante no sólo debe ser menos restrictiva del comercio que la medida en litigio, sino que tiene además que ser una medida 'que mantenga para el Miembro demandado el derecho a lograr el nivel de protección que desee con respecto al objetivo perseguido'".⁶⁷²

7.371 Indonesia sostiene que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" porque "excede con creces del nivel de protección que tratan de alcanzar" los Estados Unidos.⁶⁷³ Indonesia afirma que, dado que "la Ley no prohíbe la inmensa mayoría de los cigarrillos que se sabe que fuman los jóvenes", el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos por medio de la FSPTCA "no consiste en una reducción drástica del número de jóvenes que fuman", sino más bien en "una reglamentación suficiente para disuadir a los adolescentes del consumo de productos de tabaco, aunque sin prohibirlo".⁶⁷⁴ Indonesia mantiene que la prohibición "es el instrumento de reglamentación más restrictivo del comercio de que se dispone, y en ciertas circunstancias puede ser la única opción para alcanzar un objetivo sanitario, por ejemplo cuando el nivel de protección necesario es la *eliminación* del riesgo".⁶⁷⁵ Indonesia sostiene que, si bien la FSPTCA no establece expresamente el "nivel de protección que se trata de alcanzar", de las disposiciones de la ley se desprende un nivel de protección deseado muy inferior al elevado nivel que alegan los Estados Unidos.⁶⁷⁶

7.372 Los Estados Unidos reconocen que si la medida en litigio "va más allá del nivel de protección elegido", una medida menos restrictiva del comercio puede alcanzar igualmente el objetivo legítimo del Miembro.⁶⁷⁷ No obstante, a su juicio, Indonesia no ha entendido correctamente el nivel de protección que desean los Estados Unidos.⁶⁷⁸ Habida cuenta de la larga y decepcionante experiencia del Gobierno de los Estados Unidos al tratar de limitar el consumo de tabaco entre los jóvenes, la

⁶⁷¹ Respuesta de las partes a la pregunta 58 del Grupo Especial.

⁶⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 156; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 308.

⁶⁷³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 85.

⁶⁷⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 84.

⁶⁷⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 85 (las cursivas figuran en el original).

⁶⁷⁶ Respuesta de Indonesia a la pregunta 58 c) del Grupo Especial, párrafo 123; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 124.

⁶⁷⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 b) del Grupo Especial, párrafo 134.

⁶⁷⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 255-257.

medida aplicada, una prohibición absoluta, pone de manifiesto el "elevado" nivel de protección que desean los Estados Unidos.⁶⁷⁹ El nivel que los Estados Unidos consideran apropiado para proteger la salud pública consiste en la eliminación del mercado de los productos que los jóvenes utilizan desproporcionadamente, y no en la simple restricción del acceso a esos productos.⁶⁸⁰

7.373 Corresponde a Indonesia, como parte que afirma que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "excede con creces del nivel de protección que tratan de alcanzar" los Estados Unidos, proporcionarnos pruebas y argumentos que muestren cuál es este nivel de protección que desean los Estados Unidos y por qué dicha prohibición excede con creces del nivel de protección deseado.

7.374 Indonesia no nos ha indicado ninguna prueba directa relativa al "nivel de protección" deseado por los Estados Unidos. Por ejemplo, no parece haber nada en el texto de la FSPTCA que establezca el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos. Sin pruebas directas relativas al nivel de protección deseado por los Estados Unidos, somos reacios a constatar que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede con creces de ese nivel de protección.

7.375 Además, en tanto que Indonesia trata de inferir⁶⁸¹ el nivel de protección a partir de la propia medida, no está claro que se pueda constatar que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede de este nivel de protección (o no lo alcanza). Si infiriéramos el "nivel de protección" a partir de la propia medida, el nivel de protección sería necesariamente el recogido en ésta. Por consiguiente, no está claro cómo puede la medida exceder de ese nivel de protección (o no alcanzarlo). En otras palabras, cuando el nivel de protección se infiere de la propia medida, la medida alcanza necesariamente ese nivel exacto de protección. El Órgano de Apelación parece haber aludido a este problema en el contexto del *Acuerdo MSF*. En *Australia - Salmón*, el Órgano de Apelación observó lo siguiente:

"Deducir [es decir, inferir] el nivel adecuado de protección de la MSF en vigor equivaldría a presumir que con la medida se logra siempre el nivel adecuado de protección determinado por el Miembro."⁶⁸²

7.376 En efecto, en el presente asunto los Estados Unidos argumentan que el "elevado" nivel de protección se puede inferir de la medida aplicada, es decir, una prohibición absoluta.⁶⁸³ Según los Estados Unidos, la inferencia que cabe extraer del propio artículo 907(a)(1)(A) es que el nivel de protección consiste en "eliminar del mercado"⁶⁸⁴ los productos en cuestión.

7.377 No nos convence el argumento de Indonesia de que, dado que "la Ley no prohíbe la inmensa mayoría de los cigarrillos que se sabe que fuman los jóvenes"⁶⁸⁵, el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos por medio de la FSPTCA es relativamente bajo y, por lo tanto, la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede de ese nivel de protección. Aunque las partes coinciden en que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor (y, en términos más generales, la FSPTCA) sólo trata de *reducir*, más que de *eliminar*, el consumo de tabaco entre los jóvenes, de ello no se desprende que al prohibir ciertos tipos de cigarrillos se excede *ipso facto* del nivel de protección deseado. No encontramos ninguna contradicción en la idea de que un Miembro pueda

⁶⁷⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 227.

⁶⁸⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 b) del Grupo Especial, párrafo 135; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 147.

⁶⁸¹ Respuesta de Indonesia a la pregunta 58 d) del Grupo Especial.

⁶⁸² Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 203.

⁶⁸³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 227.

⁶⁸⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 b) del Grupo Especial, párrafo 135; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 172.

⁶⁸⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 84.

tratar de *reducir* (más que de eliminar) determinados riesgos *prohibiendo* determinados productos (pero no todos).

7.378 Por estas razones, concluimos que Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del "nivel de protección" que tratan de alcanzar los Estados Unidos.

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

Introducción

7.379 En *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación explicó que determinar si una medida es "necesaria" en el sentido del apartado d) del artículo XX del GATT de 1994 "entraña en cada caso un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores entre los que figuran principalmente la *contribución* de la medida para lograr la observancia a hacer cumplir la ley o reglamento en cuestión, la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por esa ley o reglamento y la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones".⁶⁸⁶ En *Estados Unidos - Juegos de azar*, el Órgano de Apelación afirmó que el proceso de sopesar y confrontar inherente al análisis de la necesidad entraña una evaluación de otros factores, entre los que normalmente se incluyen "la *contribución* de la medida al logro de los fines que persigue" y "la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional".⁶⁸⁷ En *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación manifestó que "[un]a contribución existe cuando hay una relación auténtica de fines a medios entre el objetivo perseguido y la medida en litigio".⁶⁸⁸ No vemos nada en el texto, contexto o fin del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* que sugiera que se debería aplicar un criterio diferente en el contexto del examen de una medida para establecer si "restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo" a los efectos de dicha disposición.

7.380 Existen ciertas similitudes entre los hechos de la presente diferencia y los de *Brasil - Neumáticos recauchutados*. En ambas diferencias, la medida en litigio era una prohibición de las importaciones. En ambas diferencias, el objetivo de la medida era proteger la salud y la vida de las personas. En aquel asunto, el Órgano de Apelación explicó que "nos parece que cuando una medida produce efectos de restricción del comercio internacional tan graves como los que se derivan de una prohibición de las importaciones, sería difícil que un grupo especial constatará que esa medida es necesaria de no estar convencido de que la medida es adecuada como *contribución importante* al logro de su objetivo".⁶⁸⁹ El Órgano de Apelación estableció una distinción entre una "contribución importante" y una contribución "marginal o insignificante".⁶⁹⁰ En esta ocasión aplicaremos el mismo criterio y examinaremos si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor constituye una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.

⁶⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 164.

⁶⁸⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 306 (sin cursivas en el original).

⁶⁸⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 145.

⁶⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 150 (sin cursivas en el original).

⁶⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 150 y 210.

7.381 En la presente diferencia, Indonesia argumenta que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace ninguna contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.⁶⁹¹ Plantea cuatro líneas de argumentación apoyadas por pruebas de distintos tipos. Según Indonesia: i) los cigarrillos de clavo de olor no entrañan un riesgo para la salud mayor que el de otros cigarrillos⁶⁹²; ii) los jóvenes no fuman cigarrillos de clavo de olor en cantidades significativas⁶⁹³; iii) no están prohibidos otros productos de tabaco aromatizados que gozan de gran aceptación entre los jóvenes⁶⁹⁴; y iv) los testimonios científicos disponibles demuestran que prohibir los cigarrillos de clavo de olor no servirá de mucho para disuadir a los jóvenes de fumar.⁶⁹⁵ Examinaremos estos argumentos en orden, recordando que corresponde a Indonesia la carga de la prueba.

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

7.382 Indonesia sostiene que no existe información científica o técnica que indique que los cigarrillos de clavo de olor plantean un riesgo para la salud mayor que los cigarrillos que no están prohibidos por la ley. A este respecto, Indonesia afirma que en las hojas informativas de la FDA se dice que los cigarrillos aromatizados plantean los mismos riesgos para la salud que los cigarrillos ordinarios y son tan adictivos como ellos. Según Indonesia, la conclusión de la FDA también la confirman varios estudios científicos que han demostrado que los efectos en la salud de fumar cigarrillos de clavo de olor son los mismos que los de fumar cigarrillos ordinarios.⁶⁹⁶

7.383 Según los Estados Unidos, el argumento de Indonesia de que los cigarrillos de clavo de olor no son más peligrosos que otros tipos de cigarrillos no guarda relación alguna con las prescripciones del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y pasa por alto también el artículo 907(a)(1)(A).⁶⁹⁷

7.384 En nuestra opinión, el argumento de Indonesia está fuera de lugar. La razón no es que las pruebas relativas al riesgo para la salud que plantea un producto no guarden, intrínsecamente, ninguna relación con las prescripciones del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Más bien, la razón es que la medida en litigio en la presente diferencia no prohíbe los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados sobre la base de que son más tóxicos que otros tipos de cigarrillos. Si el objetivo de la medida en litigio fuera prohibir los cigarrillos "más perjudiciales"⁶⁹⁸, más "peligrosos"⁶⁹⁹ o más "tóxicos"⁷⁰⁰ que los cigarrillos ordinarios o mentolados⁷⁰¹, las pruebas que demuestran que los cigarrillos de clavo de olor no son más perjudiciales, peligrosos o tóxicos que otros cigarrillos serían muy pertinentes para establecer si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor puede hacer una contribución importante al logro de ese objetivo. Sin embargo, el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) no es ése.

7.385 Por lo tanto, no consideramos que las pruebas presentadas por Indonesia relativas a los riesgos para la salud que plantean los cigarrillos de clavo de olor en comparación con otros tipos de cigarrillos no arrojen mucha luz sobre la cuestión de si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hace una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes.

⁶⁹¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 86-103.

⁶⁹² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 90 y 91.

⁶⁹³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 92-96.

⁶⁹⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 97 y 98.

⁶⁹⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 99-102.

⁶⁹⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 90 y 91.

⁶⁹⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 274.

⁶⁹⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 6 y 35.

⁶⁹⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 6.

⁷⁰⁰ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 6.

⁷⁰¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 90 y 91.

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

7.386 Las partes han presentado amplios argumentos relativos al número de jóvenes que fuman cigarrillos de clavo de olor, basados en su mayoría en datos de estudios.⁷⁰²

7.387 En general, Indonesia afirma que el número de jóvenes que fuman cigarrillos de clavo de olor es insignificante. Para respaldar esta afirmación, remite al Grupo Especial a diversos datos de estudios. Indonesia mantiene que, según la Encuesta nacional sobre el uso de drogas y la salud ("NSDUH") de los Estados Unidos: i) únicamente el 0,05 por ciento de los cigarrillos que consumen los jóvenes son cigarrillos de clavo de olor, mientras que el 43 por ciento son cigarrillos mentolados y el 57 por ciento son cigarrillos ordinarios; ii) de los jóvenes que fuman, prácticamente todos fuman cigarrillos ordinarios o mentolados; iii) los fumadores de cigarrillos de clavo de olor fuman menos cigarrillos al día que los fumadores de cigarrillos mentolados u ordinarios; iv) en 2007, sólo el 0,1 por ciento de los jóvenes fumadores consumía cigarrillos de clavo de olor y en 2008 ese número se había reducido a cero.⁷⁰³ Basándose en el *Western Watts Survey*, Indonesia mantiene que dos tercios de todas las personas que fuman actualmente cigarrillos de clavo de olor indicaron que habían fumado su primer cigarrillo de clavo de olor más de un año después de haber probado su primer cigarrillo, mientras que sólo el 6 por ciento indicó que su primer cigarrillo había sido de clavo de olor.⁷⁰⁴ Indonesia también remite al Grupo Especial a otro estudio, *Monitoring the Future*, realizado en 2009, en el que se entrevistó a un total de 46.097 estudiantes de octavo, décimo y décimo segundo curso en 389 escuelas de secundaria de los Estados Unidos, y que concluyó que "la prevalencia anual del consumo de kretek no fue muy elevada en el primer año examinado (2001); después, en 2005, el consumo disminuyó aproximadamente hasta la mitad en los cursos octavo y décimo, antes de que se eliminara la pregunta de los cuestionarios correspondientes a dichos cursos".⁷⁰⁵ Indonesia también remite al Grupo Especial a una encuesta telefónica realizada entre el 23 y el 26 de septiembre de 2010 por la *Opinion Research Corporation*, en la que el 98 por ciento de los adolescentes encuestados señalaron que nunca habían oído hablar del kretek.⁷⁰⁶

7.388 Los Estados Unidos sostienen que los datos de estudios realizados durante el último decenio contradicen las afirmaciones de Indonesia y demuestran que un número significativo de jóvenes fuma cigarrillos de clavo de olor. Los Estados Unidos critican el estudio del NSDUH presentado por Indonesia y facilitan datos diferentes sobre su mercado de cigarrillos. Según los Estados Unidos, los datos del NSDUH correspondientes a 2002-2003 sugieren que aproximadamente el 5 o el 6 por ciento de los jóvenes fumadores fuma cigarrillos de clavo de olor. Los Estados Unidos consideran que el estudio más fiable es la Encuesta nacional sobre el consumo de tabaco entre los jóvenes ("NYTS"), cuya conclusión es que aproximadamente el 11 por ciento de los fumadores de edades comprendidas entre los 12 y los 21 años consume cigarrillos de clavo de olor. Los Estados Unidos observan que, según un estudio realizado en 2004, el consumo de cigarrillos aromatizados era más elevado entre las personas de 17 años (el 22,8 por ciento) y de 18 a 19 años (el 21,7 por ciento), y más bajo entre los fumadores de 40 a 54 años (el 6,2 por ciento) y de 55 y más años (0,8 por ciento).⁷⁰⁷

7.389 A nuestro juicio, los argumentos de las partes muestran que las pruebas obtenidas a partir de estudios y presentadas al Grupo Especial pueden interpretarse de forma diferente. Sin embargo, aunque aceptáramos las cifras de Indonesia, dichas cifras no demuestran que el número de jóvenes que fuman cigarrillos de clavo de olor es insignificante.

⁷⁰² [Insértese una referencia a las comunicaciones y las respuestas a las preguntas]

⁷⁰³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 93 y 94.

⁷⁰⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 95.

⁷⁰⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 95.

⁷⁰⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 96.

⁷⁰⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 53.

7.390 Por el contrario, según la estimación de Indonesia, aproximadamente 6.800 menores fuman *habitualmente* cigarrillos de clavo de olor.⁷⁰⁸ En nuestra opinión, esta cifra no es precisamente insignificante.

7.391 Además, los estudios del NSDUH en que se han basado ambas partes muestran en realidad que, incluso considerando que por "jóvenes" se entiende sólo la población menor de 18 años, los "jóvenes" siguen consumiendo cigarrillos de clavo de olor desproporcionadamente. En los estudios del NSDUH realizados en 2002 y 2003 figuraba la siguiente pregunta: "¿Ha fumado un cigarrillo de clavo de olor, entero o en parte, durante los últimos 30 días?". La Prueba documental 73 presentada por Indonesia muestra los resultados de los estudios del NSDUH correspondientes a 2002 y 2003, que indican que en el primero de esos años, el 7,3 por ciento de los fumadores menores de 18 años respondió afirmativamente a esta pregunta, mientras que sólo el 2,5 por ciento de los fumadores mayores de 18 años hizo lo propio. También indican que en 2003, el 5,8 por ciento de los fumadores menores de 18 años respondió afirmativamente a esta pregunta, mientras que únicamente el 2,2 por ciento de los fumadores mayores de 18 años respondió en el mismo sentido.

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

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

7.393 Indonesia aduce que, como la FSPTCA no prohíbe otros productos de tabaco aromatizados que gozan de aceptación entre los jóvenes, en particular los cigarrillos mentolados, la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no puede hacer una contribución importante al objetivo de reducir el tabaquismo entre los jóvenes. A este respecto, Indonesia reitera que al prohibir únicamente una "porción minúscula" de los cigarrillos que fuman los jóvenes, la medida no puede hacer una "contribución importante" al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes y, por consiguiente, restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo.⁷⁰⁹

7.394 Observamos que no hay desacuerdo en que los jóvenes fuman cigarrillos mentolados (y ordinarios) en cantidades mucho mayores que cigarrillos de clavo de olor. Sin embargo, no consideramos que el hecho de que esos cigarrillos no estén prohibidos demuestre que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace una contribución importante a la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes.

7.395 En primer lugar, si se supone, a efectos de argumentación, que la medida, al prohibir sólo una "porción minúscula" de los cigarrillos que fuman los jóvenes, no puede hacer una contribución importante al objetivo de reducir el tabaquismo entre éstos, parece deducirse que la medida restringe el comercio *menos* de lo necesario para alcanzar su objetivo. Más concretamente, esto significaría que, para hacer una contribución importante al objetivo de reducir el tabaquismo entre los jóvenes, los Estados Unidos tendrían que prohibir más tipos de cigarrillos de los que han prohibido. No entendemos cómo se puede considerar que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe

⁷⁰⁸ Según Indonesia, "[e]n los Estados Unidos, entre 2,2 y 2,5 millones de personas menores de 18 años fuman cigarrillos. De ellos, aproximadamente 1,1 millones (o el 43 por ciento) fuman habitualmente cigarrillos mentolados. Esto contrasta con los apenas 6.800 menores que fuman habitualmente cigarrillos de clavo de olor". Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 143.

⁷⁰⁹ Respuesta de Indonesia a la pregunta 2 del Grupo Especial, párrafo 6; respuesta de Indonesia a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 124; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 2 y 125.

el comercio más de lo necesario" para alcanzar su objetivo sobre la base de la conclusión de que restringe el comercio *menos* de lo necesario para alcanzar su objetivo.

7.396 Además, puesto que los demás cigarrillos aromatizados prohibidos por el artículo 907(a)(1)(A) también tenían una cuota de mercado muy pequeña (desde luego, aparentemente menor que la correspondiente a los cigarrillos de clavo de olor), aceptar el razonamiento de Indonesia conduciría a la conclusión de que la prohibición de esos otros cigarrillos tampoco haría una contribución importante al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. En efecto, la propia Indonesia reconoce la implicación lógica de su argumento.⁷¹⁰

7.397 Por otra parte, no consideramos que se pueda analizar si una medida hace una "contribución importante" a su objetivo comparándola con una medida hipotética cuya contribución al logro del objetivo es mayor. En *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación juzgó si la medida impugnada hacía una contribución importante por sí misma, y no en comparación con medidas alternativas. En el análisis del artículo XX realizado por el Órgano de Apelación, la comparación de la medida impugnada con las alternativas se llevó a cabo únicamente para confirmar que la medida era "necesaria", no para determinar el grado en que la medida contribuía a su objetivo. Se trata de una pregunta distinta, que se formula antes de comparar la medida con las alternativas.⁷¹¹

7.398 Por último, nos resulta difícil aceptar el argumento de Indonesia de que "si no es necesario prohibir los productos de tabaco que más consumen los adolescentes, no puede ser necesario prohibir los cigarrillos de clavo de olor, que se consumen muy poco"⁷¹², es decir, que este argumento da por hecho que los Estados Unidos excluyeron del alcance de la prohibición los cigarrillos mentolados y otros productos de tabaco con gran aceptación entre los jóvenes porque no consideraban necesario prohibirlos para reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. No se ha presentado al Grupo Especial ninguna prueba de que los Estados Unidos hayan hecho nunca tal evaluación. Más bien, sostienen que el motivo para excluir del alcance de la prohibición los cigarrillos mentolados fue evitar las posibles consecuencias desfavorables de la prohibición de productos a los que decenas de millones de adultos son adictos desde el punto de vista químico y psicológico debido a las posibles pero desconocidas repercusiones en la salud de los consumidores o de la población en general.⁷¹³

7.399 Por estas razones, no consideramos que el hecho de que los Estados Unidos no prohibieran otros productos de tabaco aromatizados con gran aceptación entre los jóvenes, en particular los cigarrillos mentolados, demuestre que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace una contribución importante a la reducción del consumo de tabaco entre los jóvenes.

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

7.400 Esto nos lleva al último argumento de Indonesia, según el cual no existen testimonios científicos que demuestren que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor contribuirá a disuadir a los jóvenes de fumar. Según Indonesia, "la justificación de la prohibición de los cigarrillos aromatizados que se cita con mayor frecuencia es que incitan a los niños a fumar al incorporar aromas

⁷¹⁰ Respuesta de Indonesia a la pregunta 62 del Grupo Especial, párrafo 130 (donde confirma que, a su juicio, "... mientras no se prohíba el aroma de mentol, el de mayor aceptación entre los jóvenes, es difícil imaginar que se pueda considerar 'necesaria' la prohibición de otros aromas, en particular la de productos que ni siquiera estaban en el mercado cuando se adoptó la medida").

⁷¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 134-155 y 156-175.

⁷¹² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 98.

⁷¹³ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 60 y 100 del Grupo Especial.

atractivos. Muy a menudo, se utiliza una única línea de un único estudio para respaldar esta suposición".⁷¹⁴

7.401 En este punto, consideramos que las pruebas presentadas al Grupo Especial ofrecen una base sólida para llegar a una conclusión definitiva. Los testimonios de expertos en salud presentados al Grupo Especial contradicen rotundamente la afirmación de Indonesia de que no existen testimonios científicos que avalen la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor impuesta por los Estados Unidos. Los Estados Unidos han presentado varios estudios procedentes de fuentes competentes y respetadas, todos los cuales parecen llegar a la misma conclusión. En efecto, parece que existe un consenso cada vez mayor entre quienes han realizado investigaciones sobre esta cuestión que respalda la posición de los Estados Unidos sobre este asunto en concreto. En esta ocasión, no se trata de un Miembro que intenta basar una medida de salud pública en una opinión minoritaria entre la comunidad científica; se trata de una medida que refleja verdaderamente una opinión como mínimo mayoritaria, si no unánime.⁷¹⁵

7.402 Por ejemplo, en un estudio realizado en 1985 por el Centro de Control de las Enfermedades (CDC) de los Estados Unidos se observa lo siguiente:

"Aparte de los efectos perjudiciales para la salud que puede ocasionar la inhalación de eugenol y clavo de olor pirolizado, el uso de cigarrillos de clavo de olor puede estar cambiando las pautas de consumo de tabaco de los adolescentes americanos. Algunos investigadores han sugerido que el eugenol, que está presente en el humo de los cigarrillos de clavo de olor en cantidades sustanciales (4), anestesia el fondo de la garganta y la tráquea de los fumadores, lo que permite una inhalación más profunda y posiblemente fomenta el consumo de tabaco en personas a las que de otro modo la aspereza de los cigarrillos ordinarios habría disuadido."⁷¹⁶

7.403 En un estudio de 1989 publicado en *The Western Journal of Medicine* se afirma lo siguiente:

"Aparte de los estudios sobre comercialización que no se distribuyen fuera de la rama de producción, la estimación más exacta del consumo de cigarrillos de clavo de olor entre una población definida es la que extrajeron Robinson y sus colaboradores de un amplio estudio sobre el consumo de sustancias entre adolescentes de alrededor

⁷¹⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 99.

⁷¹⁵ En el párrafo 591 de su informe en el asunto *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación aclaró la norma de examen aplicable en el contexto del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*:

"El Órgano de Apelación ha observado que un Miembro de la OMC puede basar una medida sanitaria o fitosanitaria en *opiniones divergentes o minoritarias*, siempre que esas opiniones provengan de *fuentes competentes y respetadas*. Esto debe tenerse en cuenta al definir la norma de examen de los grupos especiales. Por consiguiente, un grupo especial que examina la compatibilidad de una medida sanitaria o fitosanitaria con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* debe, en primer lugar, identificar el fundamento científico que sirvió de base para la adopción de la medida. No es necesario que este fundamento científico refleje la *opinión mayoritaria de la comunidad científica*, y puede reflejar opiniones divergentes o minoritarias. Una vez identificado el fundamento científico en el que se basa la medida sanitaria o fitosanitaria, el grupo especial debe comprobar si el fundamento científico proviene de una *fente respetada y competente*. Aunque no es necesario que el fundamento científico represente la opinión mayoritaria de la comunidad científica, debe tener *el rigor científico y metodológico necesario para que se considere información científica digna de crédito ...*" (sin cursivas en el original, no se reproducen las notas de pie de página).

⁷¹⁶ CDC, "Epidemiologic Notes and Reports Illnesses Possibly Associated with Smoking Clove Cigarettes", *MMRW Weekly*, 34(21), páginas 297-299 (31 de mayo de 1985) (Estados Unidos - Prueba documental 37), página 3 de 4.

de 16 años llevado a cabo en el norte de California, en condiciones de anonimato y sin intervención de las autoridades docentes. En el cuadro 1 se resumen sus datos. En este estudio, realizado a casi 1.300 alumnos de décimo curso fundamentalmente blancos, el 20 por ciento de los jóvenes y el 26 por ciento de las jóvenes indicaron que como mínimo habían probado los cigarrillos de clavo de olor, y un 1 por ciento aproximadamente de ellos los fumaba a diario o casi a diario. Entre los adolescentes que consumían una o más sustancias a diario, cerca del 12 por ciento fumaba cigarrillos de clavo de olor.

A falta de datos significativos, aparte de las pautas de consumo, cabe esperar que los cigarrillos de clavo de olor induzcan el hábito entre los jóvenes fumadores con mayor facilidad que los cigarrillos ordinarios. A ello contribuirían factores como el atractivo de lo exótico, el fuerte aroma y el interés de los compañeros en el producto, en especial dada la imagen inicial de los cigarrillos de clavo de olor como una alternativa saludable a los cigarrillos ordinarios. El diseño de los cigarrillos de clavo de olor es casi perfecto como cigarrillo 'de habituación' para captar fumadores jóvenes."⁷¹⁷

7.404 En un estudio de 1992 publicado en esa misma revista médica se sostiene lo siguiente:

"Los cigarrillos de clavo de olor tienen un aroma suave y adormecen ligeramente la boca. El efecto es que eliminan gran parte de las experiencias desagradables del tabaquismo de los nuevos fumadores. Se les ha denominado cigarrillos 'de habituación'.

...

Igual preocupación ha causado la posibilidad de condicionar la conducta de los adolescentes por lo que respecta al consumo de tabaco. Fumar cigarrillos de clavo de olor es un hábito menos nocivo debido a su sabor aceptable y a un efecto anestésico en las membranas mucosas que disminuye la sensación desagradable. El hábito se ha asociado a muchas tendencias sociales importantes entre grupos homogéneos de adolescentes: la música *new wave*, los productos 'naturales' y a base de plantas, la actividad física (*surfing*), lo exótico (los nombres indonesios y los envases de colores brillantes) y el desconocimiento de los padres (hasta que la amplia difusión de la publicidad centró la atención en esta novedad). Por consiguiente, los cigarrillos de clavo de olor pueden tener un potencial peligroso para iniciar en el hábito a fumadores hasta entonces no experimentados."⁷¹⁸

7.405 Un estudio de 1991 llevado a cabo por el Comité de abuso de sustancias de la Academia de Pediatría de los Estados Unidos y publicado en la revista *Pediatrics* llega a la siguiente conclusión:

"Cabe sospechar que los cigarrillos de clavo de olor son una droga de entrada debido a sus propiedades y a la forma en que se fuman. El eugenol contenido en los cigarrillos de clavo de olor, al actuar como anestésico local de la orofaringe posterior, reduce los elementos nocivos del consumo de tabaco. De ese modo, puede facilitar el aprendizaje de técnicas para fumar, tanto la inhalación ordinaria como la técnica de inhalación profunda utilizada para fumar marihuana. Además, el aroma y la mística

⁷¹⁷ Guidotti y otros, "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects", *The Western Journal of Medicine* (agosto de 1989) (Estados Unidos - Prueba documental 38), páginas 221, 225 y 226.

⁷¹⁸ Guidotti y Laing, "Clove Cigarettes", *The Western Journal of Medicine* (agosto de 1992) (Estados Unidos - Prueba documental 41), páginas 537 y 538.

que rodea al uso de cigarrillos de clavo de olor los ha hecho muy populares entre los adolescentes que no utilizan drogas pero tratan de ser aceptados por grupos de usuarios de drogas de su misma edad y de participar en sus experiencias."⁷¹⁹

7.406 En una publicación de 2003 del Instituto Nacional de Abuso de Drogas se afirma lo siguiente:

"A veces se hace referencia a los cigarrillos de clavo de olor como 'cigarrillos de habituación' que pueden servir como productos 'de entrada' que introducen el consumo de tabaco entre los jóvenes. El estudio *Monitoring the Future*, realizado por el *Institute for Social Research* de la Universidad de Michigan y financiado por el *National Institute on Drug Abuse*, se ocupó del consumo de drogas, incluido el de productos de tabaco, entre estudiantes de octavo, décimo y décimo segundo curso. En 2002, la prevalencia de fumadores de cigarrillos de clavo de olor en el año anterior era del 2,6 por ciento entre los estudiantes de octavo curso, el 4,9 por ciento entre los de décimo curso y el 8,4 por ciento entre los de décimo segundo curso."⁷²⁰

7.407 En otro estudio de 2003, publicado en la revista *Pharmacology Biochemistry and Behavior*, se afirma lo siguiente:

"De hecho, se hace referencia a los cigarrillos de clavo de olor como 'cigarrillos de habituación', dando a entender que pueden servir como productos 'de entrada' para los cigarrillos ordinarios (*Committee on Substance Abuse* de la *American Academy of Pediatrics*, 1991; Guidotti y Laing, 1992). En los Estados Unidos, un porcentaje importante de los jóvenes fumadores consume cigarrillos de clavo de olor. Una encuesta realizada en 1999 a escala nacional concluyó que, en aquel momento, el 1,9 por ciento de los estudiantes de enseñanza secundaria y el 5,8 por ciento de los de enseñanza superior fumaban cigarrillos de clavo de olor (CDCP, 2000)."⁷²¹

7.408 En un artículo de 2005 publicado en la revista *Health Affairs* se señala lo siguiente:

"A nivel interno, el atractivo de los cigarrillos aromatizados se ha asociado desde hace tiempo con poblaciones de consumidores concretas, en particular con los fumadores jóvenes y principiantes. Por ejemplo, el estudio sobre consumo realizado en 1984 por Brown y Williamson (B&W) reveló una notable coincidencia entre los encuestados en que los cigarrillos aromatizados gozaban de mucha mayor aceptación entre los fumadores jóvenes e inexpertos.

⁷¹⁹ *Committee on Substance Abuse*, "Hazards of Clove Cigarettes", *Pediatrics*, volumen 88 (1991) (Estados Unidos - Prueba documental 43), páginas 395 y 396 (donde se cita, entre otras publicaciones, Guidotti y otros, "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects", *The Western Journal of Medicine* (agosto de 1989)).

⁷²⁰ Susan Farrer, "Alternative Cigarettes May Deliver More Nicotine Than Conventional Cigarettes", *National Institute on Drug Abuse (NIDA) Notes*, volumen 18, N° 2 (agosto de 2003) (Estados Unidos - Prueba documental 42).

⁷²¹ Malson y otros., "Clove Cigarette Smoking: Biochemical, Physiological, and Subjective Effects", *Pharmacology Biochemistry and Behavior* 74(3), páginas 739-745 (febrero de 2003) (Estados Unidos - Prueba documental 44), páginas 739 y 740 (donde se citan *American Academy of Pediatrics Committee on Substance Abuse*, Hazards of clove cigarettes, *Pediatrics* 1991;88; páginas 5 y 6; Guidotti TL, Laing L, Clove cigarettes, *West J Med* 1992;156, páginas 537 y 538; *Centers for Disease Control and Prevention (CDCP)*, Tobacco use among middle and high school students - United States, 1999, *Morb Mortal Weekly Rep* 2000;49, páginas 49-53).

Los cigarrillos aromatizados pueden fomentar la iniciación en el consumo de los jóvenes y ayudar a que los jóvenes que fuman ocasionalmente lo hagan a diario, reduciendo o enmascarando la aspereza y el sabor naturales del humo de tabaco y aumentando la aceptabilidad de un producto tóxico. ... además de sensibilizar al público y tomar medidas a nivel local para hacer frente a los productos dirigidos a los jóvenes, los encargados de formular políticas deberían respaldar una legislación que prohíba a los fabricantes añadir esos aromas similares al del caramelo a los productos de tabaco."⁷²²

7.409 Un estudio de 2006 publicado en la *American Journal of Public Health* decía lo siguiente:

"Hay estudios recientes que demuestran que son principalmente los jóvenes los que consumen los tres productos aromatizados. Según encuestas realizadas en 2004, hasta el 20 por ciento de los fumadores de edades comprendidas entre los 17 y los 19 años había consumido cigarrillos aromatizados en los últimos 30 días, mientras que únicamente el 6 por ciento de los fumadores mayores de 25 años había fumado uno de los tres productos aromatizados. El consumo era mayor entre los encuestados de 17 años (el 19,6 por ciento) y de 18 a 19 años (el 20,2 por ciento) y menor entre los fumadores mayores de 40 años. ... Estos datos plantean graves preocupaciones acerca de la incidencia de estos productos en el consumo de tabaco entre los jóvenes y los adultos jóvenes.

Si bien coincidimos en que esos productos son en efecto atractivos para los jóvenes y se comercializan, como mínimo, pensando en ellos, en este análisis nos centraremos en la población de adultos que constituye el objetivo declarado de la industria tabacalera, principalmente adultos jóvenes, que sirven de modelo para los jóvenes. ... La selección de los adultos jóvenes puede ser percibida como doblemente beneficiosa puesto que incluye a quienes tienen entre 18 y 24 años e influye indirectamente en los adolescentes, que quizá traten de emular a sus compañeros de más edad.

Aunque la polémica suscitada por estos cigarrillos aromatizados se ha centrado en gran medida en su potencial para alentar la experimentación (al tiempo que encubren el sabor del tabaco) entre los no fumadores, la iniciación en el consumo de tabaco no es la única conducta en la que pueden influir. Los productos que se analizan en este estudio ofrecen una variedad de sabores y aromas atractivos que pueden incitar a los fumadores habituales y a los que están dejando de fumar a seguir fumando, malogrando las tentativas de dejar de fumar y tentar a quienes han dejado de fumar para que vuelvan a hacerlo. Estas cuestiones también han de ser estudiadas.

Una disposición de la legislación propuesta recientemente sobre la reglamentación del tabaco por la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos prevé la prohibición de todos los aromas excepto el mentol en los cigarrillos. Otras políticas que exigen un envasado genérico de los productos de tabaco pueden limitar el atractivo de estos cigarrillos con envases llamativos al normalizar los envases y el diseño de los productos de tabaco de forma que sean iguales para todas las marcas.

⁷²² Carrie M. Carpenter y otros, "New Cigarette Brands with Flavors that Appeal to Youth: Tobacco Marketing Strategies", *Health Affairs*, volumen 24, N° 6 (noviembre/diciembre de 2005) (Estados Unidos - Prueba documental 40), páginas 1603 y 1608 (donde se citan T.G. Sommers, "Topline: Alternate Cigarette Flavors", 18 de enero de 1984, Bates N° 537004281-537004282, tobaccodocuments.org/bw/163368.html (23 de agosto de 2005); Wayne y Connolly, "How Cigarette Design Can Affect Youth Initiation into Smoking").

Estas políticas no sólo protegerían a los jóvenes sino también a otros grupos vulnerables como los adultos jóvenes."⁷²³

7.410 En una publicación de 2006 de la Asociación de Neumología de los Estados Unidos se plantean las siguientes inquietudes:

"Los limitados datos que existen sobre estos nuevos productos muestran que gozan de mucha más aceptación entre los fumadores más jóvenes que entre los de más edad. En 2005, investigadores del *Roswell Park Cancer Institute* de Buffalo, Nueva York, publicaron los resultados de varios estudios realizados en 2004 que demostraban que el 20 por ciento de los fumadores de edades comprendidas entre los 17 y los 19 años había fumado cigarrillos aromatizados en un período de 30 días, mientras que sólo el 6 por ciento de los fumadores mayores de 25 años lo había hecho. Asimismo, un 8,6 por ciento de los estudiantes de noveno curso del oeste del estado de Nueva York había probado los cigarrillos aromatizados en un período de 30 días.

En 1985, un informe de R.J. Reynolds afirmaba lo siguiente: 'La dulzura puede conferir una dimensión de sabor diferente, a la que pueden ser receptivos los fumadores adultos más jóvenes, como demuestran sus preferencias en cuanto al sabor en otros productos'. Un informe de Brown & Williamson fechado en 1972 sugería tomar en consideración la elaboración de cigarrillos con aroma a cola y manzana. También sugería un cigarrillo de aroma dulce y afirmaba lo siguiente: 'Es bien sabido que a los adolescentes les gustan los productos dulces. Se podría tener en cuenta la miel'.

Desde el punto de vista de las políticas, la solución para los cigarrillos con aroma de caramelo y otros productos de tabaco aromatizados es bastante simple. Con el fin de reducir su atractivo para los niños, habría que eliminar la mayoría de los aromas de los cigarrillos y otros productos de tabaco.

Datos preliminares de un estudio indican que estos productos son mucho más atractivos para los jóvenes, lo que debería ser motivo de alarma para los encargados de formular políticas, puesto que aproximadamente el 90 por ciento de los fumadores empieza antes de los 21 años."⁷²⁴

7.411 Otro estudio de 2006, publicado en la *Journal of Agricultural and Food Chemistry*, señala que el "eugenol, un compuesto de sabor intenso presente en los cigarrillos de clavo de olor, puede actuar como anestésico y adormecer la garganta, haciendo que el humo sea más fácil de inhalar; de ahí que los cigarrillos de clavo de olor hayan sido denominados cigarrillos de habituación".⁷²⁵

⁷²³ Jane Lewis y Olivia Wackowski, "Dealing with an Innovative Industry: A Look at Flavored Cigarettes Promoted by Mainstream Brands", *American Journal of Public Health*, volumen 96, N° 2 (febrero de 2006) (Estados Unidos - Prueba documental 33), páginas 244 y 247-249.

⁷²⁴ *American Lung Association*, Tobacco Policy Trend Alert, From Joe Camel to Kauai Kolada - the Marketing of Candy Flavored Cigarettes, página 1 (julio de 2005, actualizado en mayo de 2006), <http://slati.lungusa.org/reports/CandyFlavoredUpdatedAlert.pdf> (Estados Unidos - Prueba documental 35), páginas 2-4.

⁷²⁵ Stanfill SB, Brown CR, Yan XJ, Watson CH, Ashley DL, "Quantification of Flavor-Related Compounds in the Unburned Contents of Bidi and Clove Cigarettes", *J. Agric. Food Chem.* 2006, 54, páginas 8580-8588 (Estados Unidos - Prueba documental 46), página 8581 (donde se cita Guidotti, T.L.; Binder, S.; Stratton, J.W.; Schechter, F.G.; Jenkins, R.A. Clove cigarettes: development of the fad and evidence for health effects. In *Current Topics in Pulmonary Pharmacology and Toxicology*; Hollinger, M.A., Editor, Elsevier, Nueva York, 1987, volumen 2, páginas 1-23).

7.412 Un estudio de 2007, publicado en la revista *Food & Chemical Toxicology*, concluye que "la inhalación de eugenol, un analgésico conocido, puede adormecer la garganta del fumador, lo que permite una iniciación más fácil a toda una vida de tabaquismo", y señala lo siguiente:

"Aunque el consumo de kreteks en los Estados Unidos descendió a mediados del decenio de 1980 (Guidotti y otros, 1987), hay datos recientes que indican que sigue siendo significativo. Un estudio del CDC concluyó que un 2,7 por ciento de los estudiantes de enseñanza superior fumaba kreteks habitualmente en los Estados Unidos (Allen y otros, 2003). Otros estudios han situado el consumo de kretek durante toda la vida en una cifra tan elevada como el 8,9 por ciento (Tercyak y Audrain, 2002) y el consumo habitual en el 2,6 por ciento entre los estudiantes de enseñanza media y superior (Tercyak y Audrain, 2002; Soldz y otros, 2003). Entre los productos de tabaco alternativos, bidis (tabaco cortado, con frecuencia aromatizado, enrollado en una hoja de tendu como un cigarrillo), cigarros, kreteks y tabaco sin humo, el kretek es el segundo producto más consumido, sólo por detrás de los cigarros (Soldz y otros, 2003)."⁷²⁶

7.413 Uno de los estudios presentados por los Estados Unidos es un informe de 2007 de un Grupo de Estudio de la OMS sobre Reglamentación de los Productos de Tabaco titulado *The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation* (La base científica de la reglamentación de los productos de tabaco).⁷²⁷ El Grupo de Estudio estaba compuesto por 11 expertos y contaba con el apoyo de una secretaria.⁷²⁸ Se estableció de conformidad con el *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco*. El Grupo de Estudio recomienda lo siguiente: "Deberían elaborarse reglamentos que prohíban la fabricación y comercialización de productos de tabaco con aroma de caramelo y aromas exóticos destinados a los fumadores jóvenes y principiantes".⁷²⁹ El Grupo de Estudio explicó que:

"En los últimos años, los fabricantes de tabaco han modificado cualitativamente esta práctica introduciendo una serie de marcas concretas de productos de tabaco aromatizados que incluyen cigarrillos, cigarros, tabaco sin humo, kreteks (cigarrillos de clavo de olor), bidis y tabaco para pipa de agua (hookah). La producción y promoción de los productos de tabaco aromatizados en los últimos años constituye una preocupación importante en materia de salud pública. ... Los aromas pueden incitar a los jóvenes a experimentar con productos de tabaco al enmascarar la aspereza natural del humo. ... Los fumadores más jóvenes e inexpertos se sienten más inclinados a probar los cigarrillos aromatizados puesto que los aromatizantes

⁷²⁶ Polzin y otros, "Determination of eugenol, anethole, and coumarin in the mainstream cigarette smoke of Indonesian clove cigarettes", *Food & Chemical Toxicology* 45(10), páginas 1948-1953 (octubre de 2007) (Estados Unidos - Prueba documental 45) (donde se citan Allen, J.A., Vallone, D., Haviland, M.L., Heaton, C., Davis, K.C., Farrelly, M.C., Husten, C.G., Pechacek, T., 2003. Tobacco use among middle and high school students - United States, 2002. *MMWR* 52, páginas 1096-1098; Tercyak, K.P., Audrain, J., 2002. Psychosocial correlates of alternate tobacco produce use during adolescence. *Prevent. Med.* 35, páginas 193-198; Soldz, S., Huyser, D.J., Dorsey, E., 2003. Characteristics of users of igars, bidis, and kreteks and the relationship to cigarette use. *Prevent. Med.* 37, páginas 250-258).

⁷²⁷ Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113).

⁷²⁸ Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113), páginas vii y viii.

⁷²⁹ Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113), página 18.

incitantes eliminan la aspereza y las propiedades tóxicas del humo del tabaco, haciéndolo más atractivo para los fumadores principiantes.⁷³⁰

...

Las investigaciones publicadas sugieren que los aditivos con aroma de caramelo constituyen un factor importante que atrae a los fumadores jóvenes e inexpertos."⁷³¹

7.414 Las *Directrices parciales* de la OMS refuerzan nuestra opinión. Como se ha indicado más arriba⁷³², estas Directrices, "basadas en los *mejores datos científicos disponibles* y en la experiencia de las Partes"⁷³³, demuestran la existencia de un consenso creciente entre la comunidad internacional sobre la conveniencia de fortalecer las políticas de control del tabaco mediante una reglamentación del contenido de los productos de tabaco, incluidos los aditivos que aumentan el atractivo y la palatabilidad de los cigarrillos. A este respecto, en las *Directrices parciales* de la OMS se afirma que "la reglamentación de los ingredientes encaminada a reducir el atractivo de los productos de tabaco puede contribuir a reducir la prevalencia del tabaquismo y la dependencia del tabaco entre los usuarios nuevos y habituales". Por consiguiente, dichas Directrices recomiendan, entre otras cosas, lo siguiente: "las Partes deberían regular, mediante prohibiciones o restricciones, los ingredientes que pueden utilizarse para aumentar la palatabilidad de los productos de tabaco".⁷³⁴ Los ingredientes a los que se hace referencia son, entre otros, los utilizados para aumentar la palatabilidad y, entre los ingredientes que aumentan la palatabilidad enumerados en las *Directrices parciales* de la OMS encontramos agentes enmascaradores como el mentol, así como especias y hierbas, incluida la menta, y que podrían comprender el clavo de olor.

7.415 A nuestro juicio, las pruebas examinadas más arriba hablan por sí mismas: no es cierto, como sostiene Indonesia, que la base científica para prohibir los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados sea "una única línea de un único estudio".⁷³⁵ Antes bien, hay una gran cantidad de testimonios científicos que respaldan la conclusión de que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor y otros cigarrillos aromatizados podría contribuir a reducir el tabaquismo entre los jóvenes.

7.416 Observamos que la conclusión resultante de los testimonios científicos examinados más arriba se ve reforzada por las pruebas en contrario presentadas por Indonesia. Nos sorprende que aparentemente Indonesia no haya sido capaz de encontrar más que un experto científico que exprese una opinión contraria, y únicamente en forma de una entrada en su propio *blog* (en lugar de una revista médica o científica revisada por homólogos).⁷³⁶

⁷³⁰ Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113), página 26.

⁷³¹ Organización Mundial de la Salud, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", *WHO Technical Report Series 945* (2007) (Estados Unidos - Prueba documental 113), página 100.

⁷³² Véanse los párrafos 7.229-7.231 *supra*.

⁷³³ *Directrices parciales* de la OMS, sección 1.1.

⁷³⁴ El texto del proyecto de Directrices, que se adoptó sin cambios en la Conferencia de las Partes, puede consultarse en línea en la siguiente dirección: http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_28draft-sp.pdf.

⁷³⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 99.

⁷³⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 102; y declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 16 (donde se citan las opiniones del Dr. Michael Siegel expresadas en su *blog* con el título "FDA Commissioner Falsely Asserts that Flavored Cigarettes are a Gateway for Teen Smoking; Representative Waxman Also Makes the Same False Claim", Dr. Michael Siegel, que puede consultarse en la siguiente dirección: <http://www.tobaccoanalysis.blogspot.com/>, 24 de junio de 2010 (Indonesia - Prueba documental 37)).

Conclusión

7.417 Por estas razones, concluimos que Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no constituye una "contribución importante" al objetivo de reducir el tabaquismo entre los jóvenes. A nuestro juicio, hay una "relación auténtica de fines a medios" entre el objetivo perseguido y la medida en litigio.⁷³⁷

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

7.418 En *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación explicó que, si un grupo especial constata que la medida en litigio constituye una contribución importante al logro del objetivo, la siguiente cuestión es si existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que proporcionen una contribución equivalente:

"Para determinar si una medida es 'necesaria' en el sentido del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, un grupo especial debe evaluar todos los factores pertinentes, en especial el alcance de la contribución al logro del objetivo de una medida y el grado de restricción del comercio que implica, teniendo en cuenta la importancia de los intereses o valores en juego. Si en este análisis se llega a una conclusión preliminar de que la medida es necesaria, hay que confirmar este resultado comparando la medida con las posibles alternativas a ella que puedan tener efectos menos restrictivos del comercio y proporcionen una contribución equivalente al logro del objetivo perseguido. Corresponde al Miembro reclamante identificar las posibles alternativas a la medida en litigio que el Miembro demandado podría haber adoptado."⁷³⁸

7.419 No vemos nada en el texto, contexto o fin del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* que sugiera que dicha disposición exige un enfoque diferente.

7.420 En la presente diferencia, Indonesia aduce que incluso si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor hiciera una contribución al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, habría medidas menos restrictivas del comercio razonablemente disponibles para limitar el acceso de los jóvenes a los cigarrillos de clavo de olor.⁷³⁹ A este respecto, Indonesia examina: i) las disposiciones de la FSPTCA aplicables a los cigarrillos mentolados y ordinarios concebidas con el fin de reducir la capacidad de las empresas fabricantes de cigarrillos para seguir prácticas dirigidas a atraer a los jóvenes⁷⁴⁰; ii) las medidas que la FSPTCA impide expresamente tomar a la FDA, que reducirían significativamente el consumo de tabaco entre los jóvenes y no serían particularmente restrictivas del comercio⁷⁴¹; iii) determinadas medidas que no restringen el comercio previstas en un acuerdo de avenencia, alcanzado en 2006 entre R.J. Reynolds y los Fiscales Generales de varios Estados en relación con nuevos productos que, según los defensores de la salud, se concibieron y comercializaron con el fin de atraer a los jóvenes⁷⁴²; iv) medidas no restrictivas del comercio adoptadas por otros países, como Australia y Singapur, para hacer frente al consumo de tabaco entre

⁷³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 145.

⁷³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 156.

⁷³⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 104-111.

⁷⁴⁰ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.

⁷⁴¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 107.

⁷⁴² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 108.

los jóvenes⁷⁴³; y v) varias medidas incluidas en el *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco* destinadas a impedir la venta de cigarrillos a los menores.⁷⁴⁴

7.421 A nuestro juicio, Indonesia no ha demostrado que existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que constituyan una contribución equivalente al logro del objetivo, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos.

7.422 Ante todo, consideramos que Indonesia no ha identificado satisfactoriamente la medida o medidas alternativas que deberían haber aplicado los Estados Unidos. En cambio, Indonesia se limita a enunciar numerosas medidas, sobre todo en forma de lista de puntos. Más concretamente, Indonesia sostiene que la sustitución de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor por las siguientes medidas menos restrictivas del comercio⁷⁴⁵ haría una contribución equivalente al nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos:

- prohibir toda publicidad de tabaco en espacios abiertos en un radio de 1000 pies de colegios y parques infantiles⁷⁴⁶;
- prohibir todo patrocinio por marcas de tabaco de acontecimientos deportivos y recreativos⁷⁴⁷;
- prohibir los obsequios gratuitos de cualquier producto que no sea de tabaco con la compra de un producto de tabaco⁷⁴⁸;
- limitar la publicidad a un texto en blanco y negro en publicaciones con un número significativo de lectores adolescentes, así como la publicidad en espacios abiertos y puntos de venta, excepto en locales exclusivos para adultos⁷⁴⁹;
- restringir las máquinas expendedoras y los expositores de autoservicio a los locales exclusivos para adultos⁷⁵⁰;
- 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 menores⁷⁵¹;
- aumentar a 19 años la edad legal para comprar productos de tabaco⁷⁵²;
- restringir la venta de cigarrillos a los locales exclusivos para adultos⁷⁵³;
- prohibir la utilización de términos o imágenes relacionados con frutas, golosinas o bebidas alcohólicas en el nombre de la marca, el envase, la publicidad impresa

⁷⁴³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.

⁷⁴⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.

⁷⁴⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.

⁷⁴⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.

⁷⁴⁷ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.

⁷⁴⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.

⁷⁴⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.

⁷⁵⁰ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.

⁷⁵¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 106.

⁷⁵² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 107.

⁷⁵³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 107.

(excepto en los locales exclusivos para adultos), las promociones directas por correo o correo electrónico y la publicidad en Internet⁷⁵⁴;

- facultar a la FDA para que apruebe todas las nuevas marcas, etiquetas y envases de tabaco⁷⁵⁵;
- prohibir prácticamente toda la publicidad de tabaco y prohibir que las empresas tabacaleras patrocinen actos⁷⁵⁶;
- prohibir los obsequios gratuitos de artículos de promoción con la compra de productos de tabaco⁷⁵⁷;
- limitar la exhibición de productos de tabaco⁷⁵⁸;
- establecer prescripciones rigurosas para el envasado⁷⁵⁹;
- exigir advertencias sanitarias⁷⁶⁰;
- elevar las multas para los menores de edad que fumen⁷⁶¹;
- impedir que determinados minoristas, entre ellos las tiendas de productos relacionados con la salud, las tiendas destinadas a los jóvenes, como los salones recreativos, y las gasolineras, vendan productos de tabaco a fin de limitar el acceso de los jóvenes a estos productos⁷⁶²;
- revocar la licencia a los minoristas de tabaco que vendan a menores de edad cuando cometan la primera infracción⁷⁶³;
- permitir la venta de cigarrillos (puritos) únicamente en paquetes de 20, en lugar de 10, para que su precio no esté al alcance de los jóvenes compradores⁷⁶⁴;
- prohibir los cigarrillos con aroma de caramelo, pero no los de clavo de olor⁷⁶⁵;
- prohibir la venta de productos de tabaco por cualquier medio que permita un acceso directo, como los estantes de las tiendas⁷⁶⁶;
- prohibir la fabricación y venta de caramelos, aperitivos, juguetes o cualesquiera otros objetos con forma de productos de tabaco que atraigan a los menores⁷⁶⁷;

⁷⁵⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 108.

⁷⁵⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 108.

⁷⁵⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.

⁷⁵⁷ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.

⁷⁵⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.

⁷⁵⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.

⁷⁶⁰ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.

⁷⁶¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.

⁷⁶² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.

⁷⁶³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.

⁷⁶⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.

⁷⁶⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 109.

⁷⁶⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.

⁷⁶⁷ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.

- asegurar que las máquinas expendedoras de tabaco comprendidas en su ámbito de competencia no son accesibles para los menores y no fomentan la venta de productos de tabaco a los menores⁷⁶⁸;
- prohibir la distribución gratuita de productos de tabaco al público y en particular a los menores⁷⁶⁹; y/o
- prohibir la venta de cigarrillos sueltos o en paquetes pequeños que los hacen más asequibles para los menores.⁷⁷⁰

7.423 A nuestro juicio, esa mera enumeración de dos docenas de posibles medidas alternativas no basta para establecer una presunción *prima facie*. Parece bastante claro que cada una de esas medidas sería menos restrictiva del comercio que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. El problema es que la sola enumeración, sin más, de dos docenas de medidas alternativas no demuestra que esas medidas hagan una contribución equivalente al logro del objetivo, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos. Observamos también que Indonesia no especifica si es alguna de esas medidas, una combinación de ellas o su totalidad lo que constituye la medida o medidas alternativas.

7.424 Además, cada una de las medidas alternativas que sugiere Indonesia parece acarrear un mayor riesgo de que no se alcance el objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, en comparación con la prohibición absoluta que actualmente está en vigor. Al analizar la existencia de medidas alternativas, el texto del párrafo 2 del artículo 2 nos obliga a tener en cuenta "los riesgos que crearía no alcanzar" el objetivo. Así pues, el párrafo 2 del artículo 2 indica que si un medio alternativo de alcanzar el objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes acarrea un mayor riesgo de no alcanzarlo, no puede ser una alternativa legítima. Esto es compatible con la jurisprudencia establecida en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, de conformidad con la cual la cuestión pertinente es, como se ha explicado más arriba, si existen una o más medidas alternativas que hagan una contribución "equivalente" al logro del objetivo al nivel deseado. En nuestra opinión, cuando una medida alternativa acarrea un mayor riesgo de no alcanzar el objetivo, es difícil constatar que hace una contribución "equivalente" al logro del objetivo al nivel de protección deseado.

7.425 Sin embargo, incluso si la enumeración de medidas alternativas que hace Indonesia bastara para establecer una presunción *prima facie*, consideramos que los Estados Unidos la han refutado al señalar que muchas de las medidas alternativas propuestas por Indonesia ya están en vigor en los Estados Unidos.⁷⁷¹ En el asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Grupo Especial rechazó varias de las medidas alternativas propuestas por el reclamante en esa diferencia sobre la base de que ya se aplicaban en parte. El Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que "las posibles medidas alternativas identificadas por las Comunidades Europeas para evitar la generación de neumáticos de desecho no son alternativas que podrían 'aplicarse en sustitución' de la prohibición de las importaciones, sino que son más bien medidas complementarias que el Brasil aplica ya, al menos en parte".⁷⁷²

⁷⁶⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.

⁷⁶⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.

⁷⁷⁰ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 110.

⁷⁷¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 316; segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 165; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 109 c) del Grupo Especial.

⁷⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 159 (sin cursivas en el original).

7.426 Asimismo, consideramos que el recurso de Indonesia a medidas que no restringen el comercio para hacer frente al consumo de tabaco entre los jóvenes supuestamente adoptadas por otros países, entre ellos Australia y Singapur, está fuera de lugar. Por lo pronto, Indonesia sólo ha presentado algunas referencias selectivas a las prácticas de un número reducido de países y no ha mencionado a otros Miembros que han prohibido los cigarrillos de clavo de olor. Sin embargo, lo más importante es que no está claro que las leyes aplicadas hasta la fecha por otros países puedan servir como punto de referencia de algún tipo para los Estados Unidos o cualquier otro Miembro soberano de la OMC, particularmente cuando Indonesia no ha establecido los objetivos de esas medidas extranjeras ni el nivel al que alcanzan sus respectivos objetivos, y tampoco si los objetivos de dichas medidas son los mismos que el objetivo de los Estados Unidos ni si esos países procuran lograr ese objetivo al mismo nivel que los Estados Unidos.

7.427 Por último, aunque la prohibición de los cigarrillos aromatizados no es una de las distintas medidas previstas en el propio *Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco*, recordamos que la prohibición de la venta de cigarrillos aromatizados es efectivamente una de las medidas que se recomiendan actualmente en las *Directrices parciales* de la OMS.

7.428 Por consiguiente, concluimos que Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar su objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.

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

7.429 Comenzamos por exponer el análisis en dos etapas que realizamos para estructurar nuestro examen de la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. La primera etapa de nuestro análisis consistió en examinar si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor persigue un "objetivo legítimo". La segunda etapa consistió en examinar si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar su objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes (teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo).

7.430 En la primera etapa de nuestro análisis llegamos a la conclusión de que i) Indonesia ha demostrado que el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes; y ii) el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es "legítimo". Por lo tanto, concluimos que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor persigue un "objetivo legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.431 En la segunda etapa de nuestro análisis llegamos a la conclusión de que: i) la jurisprudencia establecida en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994 es pertinente para la interpretación del criterio de no "restringir el comercio más de lo necesario" del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; ii) Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del "nivel de protección" que tratan de alcanzar los Estados Unidos; iii) Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor no hace una "contribución importante" al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes; y iv) Indonesia tampoco ha demostrado que existen medidas alternativas menos restrictivas del comercio que hagan una contribución equivalente al logro del objetivo, teniendo en cuenta el nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos. Así pues, concluimos que Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe el comercio más de lo necesario" para alcanzar su objetivo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.

7.432 Por estas razones, constatamos que Indonesia no ha demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor impuesta por el artículo 907(a)(1)(A) restringe el comercio más de lo

necesario para alcanzar el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. En consecuencia, constatamos que Indonesia no ha demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

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

1. Argumentos de las partes

7.433 **Indonesia** alega que los Estados Unidos, al no proporcionar una "respuesta completa" a las preguntas formuladas por Indonesia, que figuran en el documento G/TBT/W/323 y se refieren a la justificación del artículo 907(a)(1)(A), no han cumplido la obligación que les impone el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁷⁷³ En primer lugar, Indonesia también incluye en su alegación de infracción la supuesta omisión por los Estados Unidos de una referencia al texto de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en su respuesta oral a Indonesia en la reunión del Comité OTC celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2009.⁷⁷⁴ No obstante, respondiendo a una pregunta del Grupo Especial, Indonesia reconoció que un Miembro no está obligado a mencionar en su respuesta todas las disposiciones del *Acuerdo OTC* para cumplir las obligaciones que le impone el párrafo 5 del artículo 2 del dicho *Acuerdo*.⁷⁷⁵ Por consiguiente, según Indonesia, la única cuestión en litigio sometida al Grupo Especial es si los Estados Unidos ofrecieron una explicación oportuna conforme a lo que prescribe el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁷⁷⁶

7.434 Según Indonesia, en dos ocasiones⁷⁷⁷, después de que se firmara la FSPTCA pero antes de que el artículo 907(a)(1)(A) entrara en vigor (el 22 de septiembre de 2009), solicitó a los Estados Unidos que respondieran a las preguntas que figuran en el documento G/TBT/W/323⁷⁷⁸, cuya finalidad era

⁷⁷³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 132.

⁷⁷⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 132.

⁷⁷⁵ Respuesta de Indonesia a la pregunta 68 del Grupo Especial, párrafo 137.

⁷⁷⁶ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 163; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 142.

⁷⁷⁷ Según Indonesia, la primera ocasión fue el 20 de agosto de 2009, y la segunda el 27 del mismo mes.

⁷⁷⁸ Las preguntas eran las siguientes:

"En lo referente al artículo 907 de la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia, el Gobierno de Indonesia solicita también a los Estados Unidos que respondan a las siguientes preguntas:

a) El artículo 907 prohíbe que los cigarrillos o cualquiera de sus componentes contengan aromatizantes naturales o artificiales (aparte del tabaco o el mentol), o hierbas o especias. ¿Por qué se ha singularizado el mentol como el único aromatizante, hierba o especia excluido de esta disposición?

b) Sabemos que la producción de cigarrillos de clavo de olor constituye una importante actividad económica en Indonesia. ¿Se produce también este tipo de cigarrillos en los Estados Unidos?

c) En el artículo 907 se indica además que la prohibición relativa a los aromatizantes naturales o artificiales, las hierbas o las especias será aplicable cuando se trate del 'aroma característico' del tabaco o del humo de tabaco. No obstante, en la Ley no se determina qué elementos de un cigarrillo constituyen su 'aroma característico'. ¿Cómo se propone la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos (FDA) interpretar ese concepto?

d) Los cigarrillos contienen numerosos ingredientes aparte del tabaco. En lo referente al artículo 907, ¿cómo se podrán distinguir determinados 'ingredientes' de los 'aromas característicos' de un producto?

e) El mentol es un aromatizante artificial derivado de la menta, que, evidentemente, es una hierba o especia. ¿Considera el legislador en los Estados Unidos que los cigarrillos

comprender por qué los Estados Unidos, con el pretexto de proteger a los adolescentes frente al hábito de fumar, iban a prohibir un tipo de cigarrillos que los adolescentes fuman en contadas ocasiones (es decir, los de clavo de olor), y no unos cigarrillos que "demandan literalmente en tropel" (es decir, los mentolados).⁷⁷⁹ Indonesia explica que su alegación al amparo del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no consiste en que los Estados Unidos no respondieran a todas las preguntas planteadas.⁷⁸⁰ Indonesia argumenta que cuando les solicitó que explicaran la "justificación" del artículo 907(a)(1)(A), los Estados Unidos estaban obligados por el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* a señalar los testimonios científicos o de otra índole que respaldaban la adopción de la medida.⁷⁸¹ Indonesia sostiene que el hecho de que se le informara de que el objetivo del artículo 907(a)(1)(A) es proteger la salud pública y, en particular, la de los jóvenes estadounidenses, confirma, como mucho, el objetivo de la política, pero no arroja luz sobre la propia medida ni aporta "información científica o técnica" sobre los riesgos que crearía no alcanzar ese objetivo.⁷⁸²

7.435 Indonesia sostiene que nunca recibió una respuesta completa de los Estados Unidos que no fuera que no iban a revocar la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor y que habían identificado varios riesgos para la salud de las personas asociados con los cigarrillos de clavo de olor.⁷⁸³ Indonesia aduce que los Estados Unidos reconocen que les solicitó que explicaran la justificación del artículo 907(a)(1)(A) en el sentido del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁷⁸⁴

mentolados estarían comprendidos en las disposiciones del artículo 907 y se habrían prohibido de no ser por la excepción prevista en la ley?

f) Desde un punto de vista de la composición, tanto los cigarrillos de clavo de olor como los mentolados contienen tabaco con un aditivo aromatizante a base de hierbas con propiedades tranquilizantes. El uso final de ambos tipos de cigarrillos es el mismo: fumar tabaco. En opinión de los Estados Unidos, ¿son los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados productos similares?

g) Una de las principales finalidades de la ley, según se establece en sus considerandos, es reducir la incidencia del consumo de tabaco entre los jóvenes. En los considerandos se indica también que es necesario regular más estrictamente los productos del tabaco y su comercialización para impedir que los jóvenes menores de edad adquieran cigarrillos. No obstante, sabemos que son muchos más los jóvenes que fuman cigarrillos mentolados que los que fuman cigarrillos de clavo de olor. ¿Conocen datos en contrario que indiquen que los jóvenes consumen más cigarrillos de clavo de olor que cigarrillos mentolados?

h) La OMC permite que los Miembros adopten medidas para proteger la salud humana, pero esas medidas deben basarse en sólidos principios científicos. ¿Tienen conocimiento de algún estudio científico que revele que los cigarrillos de clavo de olor representan un mayor riesgo para la salud que los cigarrillos mentolados?

i) Varios de los otros cigarrillos aromatizados que se prohibirían en virtud del artículo 907 (por ejemplo, de cereza, fresa, chocolate) se crearon y se comercializan para atraer a los jóvenes. Los cigarrillos de clavo de olor se han vendido durante decenios, y su comercialización no está dirigida a los jóvenes. Se venden principalmente en estancos especializados. ¿Conocen algún anuncio específico de cigarrillos de clavo de olor que se haya considerado como publicidad dirigida los jóvenes o especialmente llamativa para los jóvenes?

j) En virtud del artículo 907 se prohíben los cigarrillos aromatizados distintos de los mentolados. Los cigarrillos mentolados serán objeto de estudio y regulación por la FDA. ¿Por qué se tienen que prohibir otros aromatizantes, pero sólo es necesario estudiar y regular los cigarrillos mentolados?"

⁷⁷⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 130.

⁷⁸⁰ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 165.

⁷⁸¹ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 169.

⁷⁸² Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 168; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145; y respuesta de Indonesia a la pregunta 68 del Grupo Especial, párrafo 138.

⁷⁸³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 130 y 131.

⁷⁸⁴ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 163.

7.436 Indonesia mantiene que "no puede ser justo" que un Miembro cumpla la obligación que le impone el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* "indicando sencillamente a un Miembro que lea la medida para la cual se solicita una explicación y una justificación".⁷⁸⁵ Según Indonesia, si esto fuera así, el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* quedaría en gran medida desprovisto de sentido.⁷⁸⁶ Indonesia argumenta que ni la FSPTCA ni sus antecedentes legislativos ofrecen las pruebas científicas y de otra índole que reclamaba.⁷⁸⁷

7.437 Indonesia aduce que el artículo 907(a)(1)(A) ha tenido un efecto significativo en su comercio, puesto que más de 6 millones de indonesios dependen de la producción de cigarrillos de clavo de olor, y que únicamente en 2008 exportó cigarrillos de clavo de olor a los Estados Unidos por un valor superior a los 15 millones de dólares.⁷⁸⁸ Indonesia sostiene que le perjudicó el hecho de que los Estados Unidos no explicaran la justificación del artículo 907(a)(1)(A) porque menoscabó su capacidad de presentar una réplica basada en hechos ante cualquier preocupación específica relacionada con los cigarrillos de clavo de olor durante el proceso legislativo.⁷⁸⁹ A juicio de Indonesia, no conocer las justificaciones científicas o técnicas de la medida ni las opiniones de los Estados Unidos sobre los riesgos que crearía no cumplir la medida no le dejó más opción que conjeturar cuáles podrían ser esas preocupaciones. Indonesia argumenta que la negativa de los Estados Unidos a proporcionar información de conformidad con el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* da la impresión de que esa información no existe. Indonesia "sospecha" que si los Estados Unidos tuvieran información que indicara que los cigarrillos de clavo de olor incitan a los jóvenes a fumar en cantidades significativas, estarían más que dispuestos a compartirla.⁷⁹⁰

7.438 Los **Estados Unidos** sostienen que Indonesia nunca ha invocado el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, ni ha solicitado una explicación o una justificación del artículo 907(a)(1)(A) a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 2.⁷⁹¹ Por lo tanto, para los Estados Unidos "no es sorprendente" que, en respuesta a la solicitud por Indonesia de una explicación, no hicieran referencia a esas disposiciones.⁷⁹² Además, los Estados Unidos sostienen que, en contra de lo que afirma Indonesia, han explicado plenamente la justificación del artículo 907(a)(1)(A)⁷⁹³, y que Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos han actuado de forma incompatible con la obligación prescrita en la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁷⁹⁴

⁷⁸⁵ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 170.

⁷⁸⁶ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 170; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145.

⁷⁸⁷ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 170.

⁷⁸⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 129.

⁷⁸⁹ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145; y respuesta de Indonesia a la pregunta 70 del Grupo Especial.

⁷⁹⁰ Respuesta de Indonesia a la pregunta 70 del Grupo Especial, párrafo 143.

⁷⁹¹ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 87.

⁷⁹² Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 87.

⁷⁹³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 282 y 283.

⁷⁹⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 285. El acta de la reunión del Comité OTC celebrada en noviembre de 2009 dice lo siguiente:

"El representante de los Estados Unidos indica que su país no va a revocar la prohibición relativa a los cigarrillos de clavo de olor, dada la gran prioridad que atribuye la Administración Obama a la protección de la salud de los estadounidenses, especialmente los jóvenes. Las autoridades sanitarias de los Estados Unidos apoyan esa prohibición para proteger la salud pública. Los cigarrillos de clavo de olor son especialmente atractivos para los jóvenes y representan un 'producto de iniciación' que puede conducir a la utilización de cigarrillos normales. Subraya en particular que los cigarrillos de clavo de olor hacen que sea más fácil para los nuevos fumadores empezar a fumar al encubrir la aspereza del humo del

7.439 Los Estados Unidos aducen que el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* sólo obliga a un Miembro a explicar su justificación de un reglamento técnico cuando otro Miembro pregunta por la medida, y no exige al Miembro demandado que responda a "cada pregunta concreta detallada" que se le plantee, incluidas preguntas que no guardan relación con los párrafos 2, 3 o 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁷⁹⁵ Según los Estados Unidos, Indonesia también se equivoca al mantener que el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige a los Miembros importadores que ofrezcan, en esencia, "un análisis jurídico completo" de cada elemento y proporcionen al Miembro exportador toda la información científica conexa.⁷⁹⁶

7.440 Los Estados Unidos sostienen que han cumplido lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* al explicar a Indonesia los objetivos y la justificación del artículo 907(a)(1)(A) al menos en tres ocasiones. Recuerdan que, para cumplir su obligación, mantuvieron en primer lugar conversaciones bilaterales con Indonesia en Ginebra el 27 de agosto de 2009. La semana siguiente a la celebración de esa reunión, las autoridades estadounidenses se reunieron de nuevo con el Embajador de Indonesia para examinar las preocupaciones de ese país durante una reunión de Ministros de Comercio que tuvo lugar en la India. Por último, las delegaciones de los respectivos países examinaron otra vez esta cuestión en la reunión del Comité OTC celebrada en noviembre de 2009.⁷⁹⁷ En opinión de los Estados Unidos, en el acta de esa reunión⁷⁹⁸ figura la indicación del representante de los Estados Unidos en el sentido de que, dada la gran prioridad que atribuye la Administración Obama a la protección de la salud de los estadounidenses (especialmente los jóvenes), no se iba a revocar la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. Aducen que, como explicaron en la reunión, los cigarrillos de clavo de olor son especialmente atractivos para los jóvenes y constituyen un "producto de iniciación" que podría inducir al consumo de cigarrillos ordinarios. En particular, los cigarrillos de clavo de olor hacen que sea más fácil para los nuevos fumadores empezar a fumar. Los Estados Unidos también aducen que, en esa reunión, su representante explicó que las pruebas existentes señalan que los cigarrillos de clavo de olor pueden entrañar una serie de riesgos adicionales para la salud con respecto a los cigarrillos ordinarios.⁷⁹⁹

7.441 Además, los Estados Unidos afirman que en los primeros artículos de la FSPTCA se ofrece una justificación completa de la medida, que se complementa también con sus antecedentes

cigarrillo y, al igual que otros aromas frutales prohibidos, pueden facilitar la transición a la adicción. Las pruebas indican asimismo que los cigarrillos de clavo de olor pueden entrañar una serie de riesgos para la salud adicionales con relación a los cigarrillos convencionales. En relación con la alegación de discriminación, el representante de los Estados Unidos indica que existen diferencias sustanciales entre los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados -en cuanto a consumo, pautas de uso y epidemiología- que hacen que no sean comparables ambos casos. Señala que la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos de los Estados Unidos ha establecido un Comité Consultivo Científico que prestará asistencia en la realización de estudios adicionales sobre los cigarrillos mentolados antes de decidir una medida sanitaria pública apropiada. Su delegación está dispuesta a seguir examinando la cuestión con Indonesia, con el fin de que los organismos de reglamentación de dicho país puedan comprender mejor el fundamento científico de la medida adoptada por los Estados Unidos."

Comité OTC, *Acta de la reunión celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2009*, G/TBT/M/49, párrafo 7 (diciembre de 2009). Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 281.

⁷⁹⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 279. Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 87.

⁷⁹⁶ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 88.

⁷⁹⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 280.

⁷⁹⁸ Comité OTC, *Acta de la reunión celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2009*, G/TBT/M/49, párrafo 7 (diciembre de 2009).

⁷⁹⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 281.

legislativos.⁸⁰⁰ Según los Estados Unidos, la explicación de la FSPTCA, sus fines y sus antecedentes legislativos se pueden y se han podido consultar fácilmente.⁸⁰¹ Los Estados Unidos mantienen que Indonesia se equivoca al sostener que el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* quedaría en gran medida desprovisto de sentido si la explicación que se ofrece en el texto de la propia medida y los antecedentes legislativos del artículo 907(a)(1)(A) se pudieran tener en cuenta al evaluar si un Miembro ha satisfecho la obligación que le impone el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸⁰² Aducen que el hecho de que gran parte de la información que Indonesia afirma necesitar se pudiera "consultar fácilmente entonces" -y, "sin duda, Indonesia la examinó"- "es ciertamente pertinente" para la alegación de Indonesia.⁸⁰³

7.442 Los Estados Unidos sostienen que Indonesia se equivoca al alegar que ha sido perjudicada.⁸⁰⁴ Según los Estados Unidos, Indonesia tuvo amplias oportunidades de manifestar sus puntos de vista ante los funcionarios públicos estadounidenses y, por lo que saben los Estados Unidos, las aprovechó plenamente. Los Estados Unidos aducen que el texto del artículo 907(a)(1)(A) permaneció básicamente inalterado desde que se redactó en 2004, y que era bien sabido desde hacía algún tiempo que su finalidad básica era en parte eliminar aquellos productos que atraen a los jóvenes. Sostienen que si Indonesia consideraba que faltaban testimonios científicos que justificasen la prohibición, tuvo la oportunidad de presentar argumentos basados en hechos sobre esta cuestión.⁸⁰⁵

7.443 Por lo tanto, los Estados Unidos no conceden a la alegación presentada por Indonesia al amparo del párrafo 5 del artículo 2 más valor que el de una expresión de descontento de Indonesia por la explicación que ofrecieron los Estados Unidos.⁸⁰⁶

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.444 Por consiguiente, la cuestión que se ha sometido al Grupo Especial es si los Estados Unidos no han explicado, a petición de Indonesia, la justificación del artículo 907(a)(1)(A) a tenor de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, como prescribe el párrafo 5 del artículo 2 de dicho Acuerdo. En opinión de Indonesia, la única cuestión en litigio sometida al Grupo Especial a este respecto es si los Estados Unidos ofrecieron una explicación oportuna conforme a lo que prescribe el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸⁰⁷

7.445 Como sucede con otras disposiciones en la presente diferencia, nos encontramos ante una cuestión que no se ha tratado con anterioridad, ya que no existen informes previos del Órgano de Alegación o de grupos especiales en los que se haya interpretado el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por lo tanto, comenzaremos por examinar la disposición jurídica en cuestión para determinar el criterio jurídico aplicable.

⁸⁰⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 282 y 283.

⁸⁰¹ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 85.

⁸⁰² Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 89 y 90.

⁸⁰³ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 90.

⁸⁰⁴ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 86.

⁸⁰⁵ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 91.

⁸⁰⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 284.

⁸⁰⁷ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 163; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 142.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.446 El párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece lo siguiente:

"Todo Miembro que elabore, adopte o aplique un reglamento técnico que pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros explicará, a petición de otro Miembro, la justificación del mismo a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del presente artículo. Siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional."

7.447 Observamos que el párrafo 5 del artículo 2 se compone de dos frases: una primera frase relativa a la explicación que debe dar un Miembro, a petición de otro, sobre la justificación de sus reglamentos técnicos; y una segunda frase que establece una presunción, a reserva de impugnación, de cumplimiento de la primera frase del párrafo 2 del artículo 2, por lo que respecta a los reglamentos técnicos elaborados, adoptados o aplicados para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2 de dicho artículo y que estén en conformidad con las normas internacionales pertinentes. La alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se refiere solamente a la primera frase.

7.448 En consecuencia, la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* obliga a todo Miembro que elabore, adopte o aplique un reglamento técnico que pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros a explicar, a petición de otro Miembro, la justificación del mismo a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.449 Observamos que la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* consta de cuatro elementos que han de estar presentes: i) que el Miembro en cuestión "elabore, adopte o aplique un reglamento técnico"; ii) que la medida "pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros"; iii) que exista una "petición de otro Miembro"; y iv) que el Miembro en cuestión "explicará la justificación [de ese reglamento técnico] a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4" del artículo 2.

7.450 A nuestro juicio, más que seguir el orden en que aparecen esos elementos en la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la cuestión previa a que debemos responder es si efectivamente Indonesia *pidió* a los Estados Unidos que explicaran la justificación del artículo 907(a)(1)(A) a tenor de las disposiciones de los párrafos 2-4, *de conformidad* con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Desde luego, sin dicha petición, no habría lugar a la obligación de explicar la justificación del artículo 907(a)(1)(A).

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

7.451 Por lo tanto, comenzaremos nuestro análisis examinando en primer lugar si Indonesia ha pedido a los Estados Unidos que expliquen la justificación del artículo 907(a)(1)(A) de conformidad con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.452 Indonesia aduce que planteó preguntas a los Estados Unidos en dos ocasiones después de que se firmara la FSPTCA pero antes de que el artículo 907(a)(1)(A) entrara en vigor el 22 de septiembre

de 2009.⁸⁰⁸ Indonesia alega que la primera vez que pidió una explicación de la justificación del artículo 907(a)(1)(A) fue el 17 de agosto de 2009. En esa fecha, Indonesia presentó una serie de preguntas a los Estados Unidos, en el documento G/TBT/W/323, distribuido el 20 de agosto de 2009 por conducto del Comité OTC. La segunda vez fue durante las conversaciones bilaterales informales celebradas el 27 de agosto de 2009 en Ginebra, en las que Indonesia planteó a los Estados Unidos fundamentalmente las mismas preguntas que figuraban en el documento G/TBT/W/323.⁸⁰⁹ Después de que el artículo 907(a)(1)(A) entrara en vigor, Indonesia volvió a manifestar sus preocupaciones a través de las preguntas del documento G/TBT/W/323, en la reunión del Comité OTC celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2009.⁸¹⁰

7.453 Los Estados Unidos responden que Indonesia nunca ha invocado el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, ni ha solicitado una explicación o una justificación del artículo 907(a)(1)(A) a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 2.⁸¹¹ Al mismo tiempo, mantienen que actuaron de forma compatible con el párrafo 5 del artículo 2, que explicaron los objetivos de la medida y que ofrecieron una justificación de su promulgación.⁸¹²

7.454 Tomamos nota de que el documento G/TBT/W/323, al que hace referencia Indonesia, comienza con una extensa explicación de por qué Indonesia considera que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con varias disposiciones de los acuerdos abarcados. A este respecto, señalamos que Indonesia menciona los artículos 2, 3, 5 y 7 del *Acuerdo MSF*, los artículos 2 y 12 del *Acuerdo OTC* y los artículos III y XXIII del GATT de 1994.

7.455 Como señalan los Estados Unidos, en el documento G/TBT/W/323 no se menciona el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Tampoco figura ninguna petición a los Estados Unidos de que expliquen "la justificación del [artículo 907(a)(1)(A)] a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*".

7.456 Ante la falta de cualquier referencia al párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* o incluso a una petición de justificación del artículo 907(a)(1)(A) "a tenor de los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*", en especial cuando esto coincide con referencias expresas a otras muchas disposiciones de otros acuerdos abarcados, como el *Acuerdo MSF*, es concebible que los Estados Unidos no hayan entendido que las preguntas planteadas por Indonesia en el documento G/TBT/W/323 constituían una petición formulada de conformidad con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.457 No obstante, examinaremos el fondo de las propias preguntas para establecer si los Estados Unidos podrían haber entendido que constituían una petición formulada de conformidad con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En otras palabras, examinaremos si Indonesia presentó implícitamente una petición de conformidad con el párrafo 5 del artículo 2, y lo haremos examinando si el contenido de las preguntas de que se trata guarda relación con cuestiones que se rigen por los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por lo tanto, puede ser útil recordar el texto de esos párrafos:

"2.2 Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el

⁸⁰⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 130.

⁸⁰⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 130.

⁸¹⁰ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 131.

⁸¹¹ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 87.

⁸¹² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 280.

comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexas o los usos finales a que se destinen los productos.

2.3 Los reglamentos técnicos no se mantendrán si las circunstancias u objetivos que dieron lugar a su adopción ya no existen o si las circunstancias u objetivos modificados pueden atenderse de una manera menos restrictiva del comercio.

2.4 Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales."

7.458 Atendiendo a los hechos de la presente diferencia y a la ausencia de cualesquiera "normas internacionales pertinentes", el párrafo 4 no parece tener importancia alguna.⁸¹³ Lo mismo puede decirse del párrafo 3, ya que se ocupa del mantenimiento de una medida habida cuenta de la modificación de las circunstancias u objetivos y la reclamación de Indonesia se refiere a la supuesta falta de una respuesta de los Estados Unidos relativa a una medida que todavía no había entrado en vigor (en las dos primeras ocasiones en que se plantearon las preguntas) o que acababa de entrar en vigor (en la tercera ocasión que menciona Indonesia). Así pues, con arreglo a los argumentos y pruebas proporcionados por las partes, el único párrafo pertinente por lo que respecta a la explicación de la justificación del artículo 907(a)(1)(A) por los Estados Unidos sería el 2.

7.459 Observamos que varias de las preguntas planteadas por Indonesia parecen no guardar relación con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por ejemplo, la pregunta f) se refiere a los "productos similares", que se contemplan en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Recordamos que, en el documento G/TBT/W/323, Indonesia aduce que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con varias disposiciones del *Acuerdo MSF* y del GATT de 1994. Por lo tanto, las preguntas planteadas no sólo no se refieren exclusivamente a los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, sino que se refieren a disposiciones de otros acuerdos abarcados.

7.460 Teniendo en cuenta el hecho de que las preguntas de que se trata se refieren a varias cuestiones que se rigen por disposiciones de los acuerdos abarcados distintos del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, junto con la ausencia de cualquier referencia al párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* o incluso a la petición de una explicación de la justificación del artículo 907(a)(1)(A) "a tenor de los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*", concluimos que Indonesia no hizo una petición de conformidad con la primera frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en las preguntas que formuló en el documento G/TBT/W/323.

⁸¹³ En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, ambas partes coincidieron en que no existe una "norma internacional" pertinente en el sentido de la segunda frase del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Respuestas de Indonesia y los Estados Unidos a la pregunta 59 del Grupo Especial.

d) Conclusión

7.461 Por consiguiente, el Grupo Especial constata que Indonesia no pidió a los Estados Unidos que explicaran la justificación del artículo 907(a)(1)(A) "a tenor de los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*" en las preguntas que formuló en el documento G/TBT/W/323. Así pues, falta uno de los elementos necesarios del párrafo 5 del artículo 2.

7.462 Observamos que, además de alegar que Indonesia no invocó el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, los Estados Unidos afirman que cumplieron esta disposición y que proporcionaron la información solicitada. Habida cuenta de nuestra constatación en el sentido de que los Estados Unidos no estaban obligados a proporcionar la explicación que se menciona en el párrafo 5 del artículo 2, no es necesario, en rigor, que este Grupo Especial examine si los Estados Unidos habrían estado en conformidad de haber hecho efectivamente Indonesia la petición prevista en dicha disposición. Dicho esto, señalamos que en realidad los Estados Unidos sí proporcionaron una explicación⁸¹⁴ con respecto a la promulgación del artículo 907(a)(1)(A) en la reunión del Comité OTC celebrada en noviembre de 2009, al responder a la solicitud formulada por Indonesia en el documento G/TBT/W/323.

7.463 Por lo tanto, constatamos que Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

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

1. Argumentos de las partes

7.464 **Indonesia** alega que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En particular, aduce que el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige a los Miembros que aporten "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos⁸¹⁵, y que el artículo 907(a)(1)(A) "carece de la especificidad exigida" por el *Acuerdo OTC*.⁸¹⁶

7.465 Indonesia señala que la FSPTCA no proporciona ninguna definición de lo que se entiende por "aroma característico" a los efectos de la prohibición, ni ninguna otra explicación de lo que constituye un "aroma característico" en las Orientaciones de la FDA o en el aviso público en el que se anunciaba la aplicación del artículo 907(a)(1)(A).⁸¹⁷ Indonesia señala que para crear el sabor y el aroma de los cigarrillos se utilizan muchos ingredientes, incluso en los cigarrillos que no se comercializan como "aromatizados".⁸¹⁸ La FSPTCA no enumera ningún criterio basado en las propiedades de uso y empleo para establecer la prohibición más allá del uso del descriptor general "aroma característico".⁸¹⁹ Indonesia explica que hay un procedimiento establecido para determinar los umbrales en los que se pueden detectar los aromas (fijado en el documento "*ASTM E679 - 04 Standard Practice for Determination of Odor and Taste Thresholds By a Forced-Choice Ascending Concentration Series Method of Limits*"), y aduce que una norma basada en "las propiedades de uso y empleo" podría utilizar este método establecido para determinar las concentraciones de aromas que alcanzan un umbral en el que son reconocibles por el sabor y el olor y, por tanto, son "característicos".⁸²⁰ Sostiene que, si no hay un criterio basado en las propiedades de uso y empleo, es imposible para los fabricantes

⁸¹⁴ Véase la nota 794.

⁸¹⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 134.

⁸¹⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 10.

⁸¹⁷ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 135.

⁸¹⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 135.

⁸¹⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 136.

⁸²⁰ Respuesta de Indonesia a la pregunta 64 del Grupo Especial, párrafo 132; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 149.

saber a partir de qué grado el aroma utilizado se considera "característico".⁸²¹ Dado que hay un criterio establecido basado en las propiedades de uso y empleo para evaluar umbrales sensoriales en relación con el olor y el sabor, Indonesia considera que es "procedente" esperar que se utilice.⁸²²

7.466 Los **Estados Unidos** señalan que el argumento en el que se basa la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es que el artículo 907(a)(1)(A) es "vago".⁸²³ Los Estados Unidos sostienen que este argumento es "incorrecto y además no guarda relación con la aplicación del párrafo 8 del artículo 2", y señalan que "no entienden cómo un argumento de ese tipo puede ser pertinente" para esa disposición.⁸²⁴ A su juicio, el párrafo 8 del artículo 2 "no obliga a los Miembros a establecer prescripciones que sean todo lo específicas posible".⁸²⁵ Asimismo, aducen que es "completamente engañoso" que Indonesia sugiera que sus productores no saben si la medida prohíbe su producto.⁸²⁶

7.467 Los Estados Unidos no niegan que el artículo 907(a)(1)(A) está estructurado en función de características "descriptivas", más que en función de "las propiedades de uso y empleo".⁸²⁷ Sin embargo, señalan que le corresponde a Indonesia la carga de demostrar que hay una infracción del párrafo 8 del artículo 2, y que no ha citado ningún ejemplo de cómo podría redactarse la medida en función de las propiedades de uso y empleo, ni tampoco ha expuesto una razón por la que sea "procedente" hacerlo, en el sentido del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸²⁸ Según los Estados Unidos, el criterio al que se refiere Indonesia aclara qué concentración de un aditivo hace falta para dar al producto un aroma característico de dicho aditivo, por lo que no es un criterio de propiedades de uso y empleo -ya que no se refiere a las propiedades de uso y empleo que debe tener el cigarrillo-.⁸²⁹

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.468 La principal cuestión sometida al Grupo Especial es si los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* al no definir el artículo 907(a)(1)(A) en función de las propiedades de uso y empleo de los productos.

7.469 Los Estados Unidos no discuten que el artículo 907(a)(1)(A) esté especificado en función del "diseño o de [las] características descriptivas", y no en función de "las propiedades de uso y empleo".⁸³⁰ Los argumentos de las partes se basan más bien en otras dos cuestiones. La primera es si, como aduce Indonesia, el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* obliga a los Miembros a "cierto

⁸²¹ Respuesta de Indonesia a la pregunta 65 del Grupo Especial, párrafo 133; declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 172; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 148.

⁸²² Respuesta de Indonesia a la pregunta 65 del Grupo Especial, párrafo 133.

⁸²³ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 99.

⁸²⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 290.

⁸²⁵ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 99.

⁸²⁶ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 93.

⁸²⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 288.

⁸²⁸ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 94 y 96.

⁸²⁹ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 97.

⁸³⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 288-290.

nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos. La segunda se refiere a si es "procedente" definir la prohibición sobre los cigarrillos de olor en función de sus propiedades de uso y empleo, más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas.

7.470 El Grupo Especial abordará estas cuestiones sucesivamente. Antes de hacerlo, examinaremos el texto de la disposición jurídica en cuestión.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.471 El párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece lo siguiente:

"En todos los casos en que sea procedente, los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán definidos por los Miembros en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas."

7.472 Aunque no es el primer caso en el que se ha planteado una alegación al amparo del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, no hay jurisprudencia sustancial en relación con el párrafo 8 del artículo 2 y ningún informe anterior de grupos especiales o del Órgano de Apelación aborda la cuestión de qué criterio jurídico se debe aplicar para establecer una infracción del párrafo 8 del artículo 2.⁸³¹ Por consiguiente, el Grupo Especial se ve confrontado una vez más a cuestiones que no se han tratado antes.

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

7.473 Empezando por la primera de las dos cuestiones identificadas *supra*, a nuestro juicio Indonesia interpreta que la prescripción de que los Miembros definan los reglamentos técnicos en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas obliga a los Miembros a aportar "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos.⁸³² En su primera comunicación escrita, Indonesia resume del siguiente modo la alegación que presenta al amparo del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*:

"Al prohibir los cigarrillos con 'aromas característicos', [el artículo 907(a)(1)(A)] carece de la especificidad exigida por el *Acuerdo OTC*. La mayoría de los cigarrillos vendidos en los Estados Unidos, si no todos, contienen diversos ingredientes y aromas que se añaden al tabaco o al filtro. Sin embargo, ni la Ley ni [el artículo 907(a)(1)(A)] aportan una definición de 'aroma característico' ni ningún criterio basado en las propiedades de uso y empleo que permitan designar como 'característicos' diferentes aromas. Por tanto, [el artículo 907(a)(1)(A)] es

⁸³¹ En el asunto *CE - Amianto*, el Canadá alegó que la medida en litigio en esa diferencia era incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. El Grupo Especial encargado de ese asunto constató que la medida en litigio no era un "reglamento técnico" y por tanto no examinó la alegación presentada por el Canadá al amparo del párrafo 8 del artículo 2. El Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial y constató que la medida era un "reglamento técnico", pero no fue más allá y no examinó la alegación presentada por el Canadá al amparo del párrafo 8 del artículo 2. El Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Sardinias* hizo una referencia de pasada al párrafo 8 del artículo 2 en el contexto del examen de una alegación formulada al amparo del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.81.

⁸³² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 10 y 134.

incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque prohíbe los cigarrillos únicamente sobre la base de características descriptivas."⁸³³

7.474 Al abordar esta cuestión, empezaremos por el sentido corriente de los términos del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Cuando se lee en su conjunto la frase recogida en el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, su sentido corriente es que establece una obligación limitada (es decir, "[e]n todos los casos en que sea procedente") de definir los reglamentos técnicos "*en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas*", por oposición a una segunda obligación, adicional, de "definir" esos reglamentos técnicos. Consideramos que si los redactores hubiesen tenido la intención de establecer dos obligaciones separadas, cabría esperar que hubiesen redactado de manera muy diferente el párrafo 8 del artículo 2, por ejemplo del siguiente modo:

"En todos los casos en que sea procedente, los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán definidos por los Miembros, y lo harán en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas."

7.475 También se podría haber separado el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en dos frases para reflejar dos obligaciones separadas, con lo que habría quedado del siguiente modo:

"En todos los casos en que sea procedente, los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán definidos por los Miembros. Asimismo, los Miembros se asegurarán de que tales reglamentos técnicos sean definidos en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas."

7.476 La dificultad que nos plantea la interpretación que hace Indonesia del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* puede abordarse desde un ángulo diferente, a saber, examinando cómo quedaría la disposición si se reemplazase el verbo "definir" por un verbo diferente, como "enunciar", "estipular" o "formular". Utilizando "enunciar" como ejemplo, el texto del párrafo 8 del artículo 2 sería el siguiente:

"En todos los casos en que sea procedente, los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán ~~definidos~~ enunciados por los Miembros en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas."

7.477 De acuerdo con la interpretación que hace Indonesia de la estructura de la frase del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, sustituir el verbo "definir" por "enunciar" obligaría a los Miembros a "enunciar los reglamentos técnicos". Análogamente, si se sustituyese el verbo "definir" por el verbo "formular" -en esencia, un sinónimo de "definir"-, de acuerdo con la interpretación que hace Indonesia de la frase ello obligaría a los Miembros a "formular los reglamentos técnicos".

7.478 El Grupo Especial señala que la estructura de la frase en las versiones española y francesa del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es la misma que en la versión inglesa de la disposición en cuestión⁸³⁴, por lo que las consideraciones *supra* se aplican igualmente a esas versiones del texto del párrafo 8 del artículo 2.

⁸³³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 10.

⁸³⁴ El texto de las versiones inglesa y francesa del párrafo 8 del artículo 2 es el siguiente:

7.479 A nuestro juicio, el contexto del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no respalda el argumento de Indonesia de que esa disposición obliga a los Miembros a aportar "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos. De hecho, la interpretación que hace Indonesia del párrafo 8 del artículo 2 daría lugar a un resultado extraño habida cuenta de la definición de "reglamento técnico" enunciada en el párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*. Recordamos que las obligaciones establecidas en virtud del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplican únicamente a las medidas que satisfacen la definición de "reglamento técnico" enunciada en el párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*. Como se ha explicado *supra*, hay varios elementos que deben satisfacerse para poder describir una medida como "reglamento técnico".⁸³⁵ Entre ellos está la obligación de que la medida debe "establecer" ("*lay down*" en la versión inglesa) las características de un producto cuya observancia es obligatoria. Recordamos que el Órgano de Apelación ha interpretado que las palabras "*lays down*" significan "*set forth, stipulate or provide*" (enunciar, estipular o disponer).⁸³⁶ Otro elemento de la definición es que la medida "ha de ser aplicable a un producto o grupo de productos identificable".⁸³⁷ Asimismo, recordamos que el Órgano de Apelación ha explicado que ello es así porque "[d]e lo contrario, la aplicación coercitiva del reglamento sería, en la práctica, imposible".⁸³⁸

7.480 Por consiguiente, consideramos que, para resolver la cuestión de si una medida es compatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la parte reclamante debe en primer lugar demostrar -y el grupo especial debe, en primer lugar, constatar- que la medida en litigio "establece" una o más características del producto, y que la medida se aplica "a un producto o grupo de productos identificable". Por tanto, habida cuenta de la estructura del *Acuerdo OTC*, nos cuesta aceptar que sea posible constatar que una medida de la que se haya constatado que satisface la definición de "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1 es incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 porque no satisface la supuesta obligación de "definir" las características del producto.⁸³⁹ De seguir tal análisis, los grupos especiales tendrían que constatar primero que una medida "establece" (es decir, "enuncia, estipula o dispone") prescripciones sobre el producto que se aplican "a un producto o grupo de productos identificable", y luego, al parecer, tendrían que concluir que la medida no da pormenores o detalles de esos mismos asuntos.⁸⁴⁰

7.481 A nuestro juicio, el objeto y fin del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no respalda la conclusión de que esa disposición obligue a los Miembros a aportar "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos. En este sentido, el Grupo Especial no ve nada en el párrafo 8 del artículo 2 que sugiera que el fin de esa disposición sea garantizar que se establezca una "distinción clara entre el producto prohibido y el producto permitido"⁸⁴¹; más bien, el objeto y fin del párrafo 8 del artículo 2

"Wherever appropriate, Members shall specify technical regulations based on product requirements in terms of performance rather than design or descriptive characteristics."

"Dans tous les cas où cela sera approprié, les Membres définiront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives."

⁸³⁵ Véase la sección VII.C.

⁸³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 67.

⁸³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 70.

⁸³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 70.

⁸³⁹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 134.

⁸⁴⁰ El sentido corriente de "*specify*" (definir) es "*[s]peak or treat of a matter etc. in detail; give details or particulars*" ([h]ablar o tratar de una cuestión etc. en detalle; dar detalles o pormenores). *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición., W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen 2, página 2946. Véase también el *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define "*specify*" (definir) como, entre otras cosas, "*[t]o speak or make relation of some matter fully or in detail*" (hablar o hacer relación de algún asunto completamente o en detalle); y el *Webster's Online Dictionary*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define "*specify*" (definir) como, entre otras cosas, "*to name or state explicitly or in detail*" (nombrar o citar explícitamente o en detalle).

⁸⁴¹ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 172.

es evitar la creación de obstáculos innecesarios al comercio exigiendo que las prescripciones del producto se establezcan en términos funcionales en todos los casos en que sea procedente. Por ejemplo, una directiva de la ISO/CEI explica lo siguiente:

"En todos los casos en los que sea procedente, las prescripciones se expresarán en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas. Este enfoque deja el máximo de libertad para el desarrollo técnico. Se deberán incluir, fundamentalmente, las características que sean susceptibles de tener una aceptación mundial (universal)."⁸⁴²

7.482 Análogamente, una decisión adoptada por el Comité OTC en 2000 refleja el siguiente entendimiento de los Miembros de la OMC:

"A fin de que respondan al interés de los Miembros de la OMC por facilitar el comercio internacional e impedir obstáculos innecesarios al comercio, las normas internacionales deben ser pertinentes y responder de modo eficaz a las necesidades de reglamentación y del mercado, así como al progreso científico y tecnológico de distintos países. No deberán crear distorsiones en el comercio mundial, tener efectos negativos en la competencia leal ni frenar las innovaciones y la evolución tecnológica. Además, no deberán dar preferencia a las características o requisitos de determinados países o regiones cuando en otros países o regiones existan diferentes necesidades o intereses. Siempre que sea posible, las normas internacionales deberán basarse en los resultados más que en las características descriptivas o de diseño."⁸⁴³

7.483 Por último, observamos que Indonesia no ha facilitado al Grupo Especial ningún argumento jurídico que respalde su interpretación del párrafo 8 del artículo 2. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial en la que se pedía a Indonesia que explicase el fundamento jurídico de su opinión de que el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige a los Miembros aportar "cierto nivel de especificidad"⁸⁴⁴ en sus reglamentos técnicos, Indonesia da una respuesta que incluso cabría interpretar como el reconocimiento de que el párrafo 8 del artículo 2 *no* contiene tal prescripción. En su respuesta, Indonesia remite al Grupo Especial a la definición de "reglamento técnico" del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* y a continuación explica lo siguiente:

"[U]na medida que es un reglamento técnico enuncia las características del producto que regula e *ipso facto* aporta cierto nivel de especificidad. Todo lo que hace el párrafo 8 del artículo 2 es prescribir, en todos los casos en que sea procedente, la forma en la que deben describirse las características del producto, entre otras cosas, 'en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas'. "⁸⁴⁵

7.484 Por consiguiente, concluimos que el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no obliga a los Miembros a aportar "cierto nivel de especificidad"⁸⁴⁶ en sus reglamentos técnicos, por lo que se deduce que el "nivel de especificidad" reflejado en el artículo 907(a)(1)(A) no es pertinente para la

⁸⁴² *ISO/IEC Directives, Part 2: Rules for the structure and drafting of International Standards*, quinta edición, 2004, disponible en línea en la siguiente dirección:

http://www.iso.org/iso/standards_development/processes_and_procedures/drafting_standards.htm.

⁸⁴³ G/TBT/9, Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, Segundo examen trienal del funcionamiento y aplicación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, 13 de noviembre de 2000, anexo 4, párrafo 10.

⁸⁴⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 134.

⁸⁴⁵ Respuesta de Indonesia a la pregunta 66 del Grupo Especial, párrafo 136 (el subrayado figura en el original).

⁸⁴⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 134.

cuestión de si la medida es compatible con el párrafo 8 del artículo 2. Por consiguiente, no es necesario que consideremos si la FSPTCA proporciona una definición de "aroma característico" a los efectos de la prohibición y/o si la FDA ha aportado especificaciones adicionales de lo que constituye un "aroma característico".⁸⁴⁷ En la medida en que la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 8 del artículo 2 se basa en el argumento de que el artículo 907(a)(1)(A) "carece de la especificidad requerida"⁸⁴⁸, el Grupo Especial concluye que la alegación y el argumento de Indonesia están fuera de lugar.

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

7.485 El Grupo Especial pasará ahora a la segunda cuestión principal en litigio, a saber, si es "procedente" definir la prohibición impuesta a los cigarrillos de olor en función de "las propiedades de uso y empleo", más bien que en función de "su diseño o de sus características descriptivas". Recordamos que el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece una obligación limitada de definir los reglamentos técnicos en función de "las propiedades de uso y empleo", más bien que en función de "su diseño" o de sus características "descriptivas". La obligación está limitada por las palabras que introducen la frase, es decir, "[e]n todos los casos en que sea procedente ...". El Grupo Especial empezará fijando su interpretación de las palabras "en todos los casos en que sea procedente" en el contexto del párrafo 8 del artículo 2, y a continuación examinará la cuestión de si Indonesia ha demostrado que es "procedente" definir el reglamento técnico en cuestión en función de "las propiedades de uso y empleo".

7.486 Aunque no hay jurisprudencia relativa a la expresión "[e]n todos los casos en que sea procedente" en el contexto del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, el Grupo Especial es consciente de que el término "*appropriate*" (procedente, apropiado) aparece en otras muchas disposiciones de los Acuerdos de la OMC y de que hay una jurisprudencia sustancial y en general uniforme sobre el sentido corriente de dicho término.⁸⁴⁹ Distintos grupos especiales y el Órgano de Apelación se han basado en definiciones corrientes de los diccionarios y han dado al término "*appropriate*" ("procedente, apropiado") su sentido corriente. Por ejemplo, el Grupo Especial que examinó el asunto *México - Telecomunicaciones* observó lo siguiente:

"La palabra '*appropriate*' (apropiado), en su sentido general según el diccionario, significa '*especially suitable, proper*' (especialmente adecuado, propio). Esto parece indicar que las 'medidas apropiadas' son aquellas que son adecuadas para alcanzar su propósito."⁸⁵⁰

⁸⁴⁷ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 135.

⁸⁴⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 10.

⁸⁴⁹ La palabra "*appropriate*" (procedente, apropiado) ha sido interpretada en varios informes de grupos especiales anteriores, entre ellos -pero no únicamente- los siguientes: informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafos 7.265, 7.367-7.368; informe del Grupo Especial, *CE - Accesorios de tubería*, párrafos 7.240-7.241; informe del Grupo Especial, *Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos*, párrafos 7.191 y 7.365; informe del Grupo Especial, *CE - Sardinias*, párrafo 7.116; informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Chapas de acero*, párrafo 7.72; e informe del Grupo Especial, *Australia - Salmón*, párrafos 8.57 y 8.71.

⁸⁵⁰ Informe del Grupo Especial, *México - Telecomunicaciones*, párrafo 7.265 (donde se cita el diccionario *The Shorter Oxford English Dictionary*, tercera edición (Clarendon Press, 1990), página 94).

7.487 Análogamente, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Accesorios de tubería* señaló lo siguiente:

"El sentido corriente de la palabra '*appropriate*' (en el texto español se utiliza el verbo proceder) hace referencia a algo que es '*especially suitable or fitting*' (especialmente conveniente o apto). El término '*suitable*' (conveniente) puede ser definido, a su vez, como '*fitted for or appropriate to a purpose, ocasión ...*' (apto o apropiado para un propósito, ocasión ...) o '*adapted to a use or purpose*' (adaptado a un uso o finalidad). El significado del término '*fitting*' (apto) puede ser definido como '*of a kind appropriate to the situation*' (de un tipo adecuado a la situación). ... El término es compatible con la intención de no prejuzgar lo que las circunstancias podrían ser en el contexto de un caso concreto. Es preciso que esa procedencia se juzgue caso por caso ... Hay un elemento de flexibilidad en cuanto que no se imponen factores, índices, niveles o prescripciones predeterminados."⁸⁵¹

7.488 Más recientemente, en *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, el Órgano de Apelación se basó en las mismas definiciones de los diccionarios al interpretar la expresión "cuantía apropiada" del párrafo 3 del artículo 19 del Acuerdo SMC:

"Empezando por la expresión '*appropriate amounts*' (cuantía apropiada), observamos que entre las definiciones que dan los diccionarios del término '*appropriate*' ('apropiado') figuran las siguientes: '*proper*' (adecuado), '*fitting*' (conveniente) y '*especially suitable (for, to)*' (especialmente idóneo (para)).⁸⁵² Estas definiciones sugieren que no existe una norma autónoma o absoluta para determinar qué es 'apropiado'; se trata más bien de algo que debe evaluarse utilizando otra cosa distinta o en relación con ella."⁸⁵³

7.489 Asimismo, señalamos que en *CE - Sardinias*, el Órgano de Apelación se mostró de acuerdo con el Grupo Especial que examinó ese asunto en que el término "*inappropriate*" (inapropiado) en el contexto del párrafo 4 del artículo 2⁸⁵⁴ del Acuerdo OTC "se refiere a algo que no es '*especially suitable*' (especialmente idóneo), '*proper*' (adecuado) o '*fitting*' (conveniente)", y que "el carácter de apropiado atañe más bien a la naturaleza de [los] medios [utilizados]".⁸⁵⁵

7.490 En cuanto a la carga de la prueba, consideramos que cuando se formula una alegación al amparo del párrafo 8 del artículo 2 del Acuerdo OTC, le corresponde a la parte reclamante la carga de demostrar que es "*appropriate*" (apropiado, procedente) (es decir, "*proper*" (adecuado), "*fitting*" (conveniente) y "*suitable*" (idóneo)) definir un reglamento técnico determinado en función de "las

⁸⁵¹ Informe del Grupo Especial, *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 7.240 (donde se citan los diccionarios *Webster's New Encyclopaedic Dictionary* (1994) y *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993)).

⁸⁵² (nota del original) *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 106.

⁸⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, párrafo 552.

⁸⁵⁴ El párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC establece lo siguiente:

"Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, *salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado* para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales." (sin cursivas en el original)

⁸⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 285.

propiedades de uso y empleo", más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas. Este enfoque es compatible con los principios generales que rigen la carga de la prueba en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.⁸⁵⁶ También es compatible con el análisis del Órgano de Apelación de la expresión "salvo en el caso de que ... [sea] inapropiado", en el contexto de la obligación del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, en *CE - Sardinias*.⁸⁵⁷ No entendemos que Indonesia sugiera otra cosa.⁸⁵⁸

7.491 Sobre la base de lo expuesto *supra*, consideramos que la cuestión pertinente que se nos ha sometido es si Indonesia ha demostrado que sería "*proper*" (adecuado), "*fitting*" (conveniente) y "*suitable*" (idóneo) formular el reglamento técnico mencionado en el artículo 907(a)(1)(A) en función de "las propiedades de uso y empleo".

7.492 Indonesia trata de satisfacer la obligación que le corresponde afirmando que hay un procedimiento establecido para determinar los umbrales en los que se pueden detectar los aromas, fijado en el documento "*ASTM E679 - 04 Standard Practice for Determination of Odor and Taste Thresholds By a Forced-Choice Ascending Concentration Series Method of Limits*".⁸⁵⁹ Indonesia aduce que un criterio basado en las "propiedades de uso y empleo" podría utilizar este método establecido para determinar las concentraciones de aromas que alcanzan un umbral en el que son reconocibles por el sabor y el olor y, por tanto, son "característicos".⁸⁶⁰

7.493 El Grupo Especial está de acuerdo con los Estados Unidos en que la norma indicada por Indonesia no demuestra que el reglamento técnico consagrado en el artículo 907(a)(1)(A) se pueda enunciar en función de "las propiedades de uso y empleo", y mucho menos que sea "procedente" hacerlo.⁸⁶¹ Dejando de lado la cuestión de si la norma indicada se puede aplicar a los cigarrillos⁸⁶², su fin consiste simplemente en proporcionar un medio concreto de verificar los niveles de aroma. Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que un ejemplo de una prescripción basada en las propiedades de uso y empleo sería un reglamento técnico sobre sillas que estableciera el requisito de que la silla debe soportar una persona de al menos 130 kg, en lugar de establecerlo en función de los componentes de la silla (es decir, si está hecha de madera, que la madera tenga un grosor determinado y los clavos sean de una longitud determinada). También estamos de acuerdo con los Estados Unidos

⁸⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.

⁸⁵⁷ En *CE - Sardinias*, el Órgano de Apelación constató que le corresponde a la parte reclamante la carga de demostrar que la "norma internacional" en cuestión era un medio "apropiado" para lograr los objetivos legítimos perseguidos por el Miembro demandado. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafos 269-282.

Aunque las obligaciones establecidas en virtud de los párrafos 8 y 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* son obviamente diferentes entre sí, un elemento común a ambas disposiciones es que las dos obligaciones están limitadas esencialmente del mismo modo: la obligación del párrafo 8 del artículo 2 está limitada por la expresión "[e]n todos los casos en que sea procedente", y la obligación del párrafo 4 del artículo 2 está limitada por la expresión "salvo en el caso de que ... [sea] inapropiado". Estas expresiones son intercambiables entre sí, con la única diferencia de que la primera está formulada en términos positivos, mientras que la segunda está formulada en términos negativos. Por consiguiente, las palabras introductorias del párrafo 8 del artículo 2 podrían cambiarse por la expresión "[s]alvo en el caso de que sea inapropiado, ..." sin modificar el sentido de la obligación que enuncia.

⁸⁵⁸ En su respuesta a la pregunta 4 del Grupo Especial, Indonesia está de acuerdo en que le corresponde la carga de probar todas las alegaciones que formula al amparo del *Acuerdo OTC*, incluida la que formula al amparo del párrafo 8 del artículo 2.

⁸⁵⁹ <http://www.astm.org/Standards/E679.htm> (Indonesia - Prueba documental 70).

⁸⁶⁰ Respuesta de Indonesia a la pregunta 64 del Grupo Especial, párrafo 132; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 149.

⁸⁶¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Grupo Especial, párrafos 113-116.

⁸⁶² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Grupo Especial, párrafo 114; y observaciones de Indonesia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Grupo Especial, párrafo 72.

en que, en lugar de transformar la norma del artículo 907(a)(1)(A) de una norma basada en el "diseño" o las características "descriptivas" en una norma basada en "las propiedades de uso y empleo", la utilización de la norma indicada simplemente aportaría un medio concreto de verificar si se cumple tal norma. Asimismo, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que el hecho de proporcionar un medio de verificar cuándo se cumple la norma establecida en la medida enunciada en términos descriptivos no significa que sea posible plantear la prescripción en función de las propiedades de uso y empleo -con las que guardan diferencias fundamentales-, ni explica por qué es "procedente" hacerlo. La norma a que alude Indonesia no sería una basada en "las propiedades de uso y empleo" en el sentido del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; para decirlo de una manera sencilla, no es una norma relativa a la manera en que un cigarrillo ha de reflejar esas propiedades en la práctica (es decir, su función⁸⁶³).

7.494 El Grupo Especial remite a la aclaración de Indonesia en la que señala que:

"... no propone simplemente verificar si se ha cumplido la norma [del artículo 907(a)(1)(A)], como alegan los Estados Unidos Indonesia propone que el Gobierno estadounidense pueda exigir a los fabricantes de cigarrillos que utilicen el método de verificación articulado en el documento ASTM E679 para identificar el umbral concreto en el que un aroma concreto utilizado en un cigarrillo pasa a ser reconocible en el cigarrillo y, por tanto, 'característico'. Por ejemplo, si la vainilla fuese identificable en el sabor o el aroma del humo de un cigarrillo en el nivel 'X,' en ese caso [el artículo 907(a)(1)(A)] prohibiría los cigarrillos que contuviesen vainilla en un nivel superior a 'X'. Esto sería completamente compatible con la definición de 'prescripción basada en las propiedades de uso y empleo' articulada por los Estados Unidos ... ya que indicaría claramente a los fabricantes cuáles deben ser las propiedades de uso y empleo de un cigarrillo, en lo que se refiere al aroma, para ser admitido en el mercado estadounidense."⁸⁶⁴

7.495 Sin embargo, a juicio del Grupo Especial, esta respuesta es, sencillamente, una reiteración del argumento de Indonesia de que el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige a los Miembros que aporten "cierto nivel de especificidad" en sus reglamentos técnicos⁸⁶⁵, y de que el artículo 907(a)(1)(A) "carece de la especificidad requerida" por el *Acuerdo OTC*.⁸⁶⁶ Por las razones expuestas *supra*, el Grupo Especial no está de acuerdo con esta interpretación del párrafo 8 del artículo 2.

7.496 Asimismo, observamos que, en la medida en que Indonesia aduce que i) existe una norma internacional pertinente (a saber, la, ASTM E679 - 04 "*Standard Practice for Determination of Odor and Taste Thresholds By a Forced-Choice Ascending Concentration Series Method of Limits*") y que ii) los Estados Unidos deberían haber utilizado esta norma internacional pertinente como base para su reglamento técnico, su argumento en realidad parece referirse al párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸⁶⁷ En este sentido, la alegación y el argumento presentados por Indonesia al amparo

⁸⁶³ El Grupo Especial señala que las versiones inglesa y francesa del párrafo 8 del artículo 2 utilizan las palabras "*in terms of performance*" y "*en fonction des propriétés d'emploi du produit*".

⁸⁶⁴ Observaciones de Indonesia a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 111 del Grupo Especial, párrafo 73.

⁸⁶⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 134.

⁸⁶⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 10.

⁸⁶⁷ El párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* dispone lo siguiente:

"Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o

del párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* parecen, una vez más, fuera de lugar. Al formular esta observación, obviamente no nos manifestamos sobre si los Estados Unidos han actuado de manera compatible con el párrafo 4 del artículo 2, dado que Indonesia no ha formulado ninguna alegación en ese sentido.

7.497 Por estas razones, el Grupo Especial concluye que Indonesia no ha demostrado que sea "*appropriate*" ("procedente, apropiado") formular el reglamento técnico al que se hace referencia en el artículo 907(a)(1)(A) en función de "las propiedades de uso y empleo".

e) Conclusión

7.498 Por estas razones, el Grupo Especial constata que Indonesia no ha demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) sea incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

I. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 10 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC*

1. Argumentos de las partes

7.499 **Indonesia** alega que, si los Estados Unidos creían que había una justificación para no seguir los procedimientos del párrafo 9 del artículo 2, infringieron el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque no facilitaron a la Secretaría la notificación de la medida ni expusieron la naturaleza urgente del supuesto problema.⁸⁶⁸ Indonesia aduce que los Estados Unidos reconocen que ninguna de las circunstancias urgentes enumeradas en el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* rodearon la adopción del artículo 907(a)(1)(A).⁸⁶⁹

7.500 Los **Estados Unidos** no han presentado argumentos en respuesta a la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos confirmaron que no notificaron el artículo 907(a)(1)(A) a la Secretaría de la OMC de conformidad con lo previsto en el párrafo 10.1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸⁷⁰

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.501 Como se ha explicado en la sección VII.B *supra*, entendemos que Indonesia alega una infracción del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* únicamente en la medida en que los Estados Unidos invoquen esta disposición como defensa frente a la supuesta infracción del párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸⁷¹ A nuestro entender, los Estados Unidos no han hecho tal cosa.

7.502 Señalamos que las obligaciones establecidas en virtud del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* únicamente son aplicables cuando un Miembro ha omitido los pasos enumerados en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque "se le plantea[n] o amenaza[n] plantearse problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional". A nuestro juicio, el hecho de que el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplique únicamente cuando un Miembro se aparta de las obligaciones generales establecidas en el párrafo 9 del artículo 2

inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales."

⁸⁶⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 142.

⁸⁶⁹ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151.

⁸⁷⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 150.

⁸⁷¹ WT/DS406/2, página 2; y primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 142.

del *Acuerdo OTC* supone que esas dos disposiciones tienen dos ámbitos de aplicación distintos y separados. De hecho, no vemos situación alguna en la que las medidas de un Miembro de la OMC puedan estar comprendidas en el ámbito de aplicación de ambas obligaciones al mismo tiempo. O bien el Miembro en cuestión sigue las prescripciones generales establecidas en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, o bien decide hacer caso omiso de esas prescripciones debido a alguno de los "problemas urgentes" enumerados y descritos en el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.503 Teniendo en cuenta nuestro mandato de hacer una evaluación objetiva del asunto que se nos ha sometido de conformidad con el artículo 11 del ESD y la repercusión que tendrían las conclusiones de conformidad con el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en la aplicabilidad de las obligaciones pertinentes en virtud del párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, examinaremos si en la presente diferencia se dan las condiciones de urgencia descritas en el párrafo 10 del artículo 2. Si constatamos que no se dan, continuaremos y examinaremos las alegaciones presentadas por Indonesia al amparo de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.504 El párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* dispone lo siguiente:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en la introducción del párrafo 9, si a algún Miembro se le planteasen o amenazaran planteársele problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional, dicho Miembro podrá omitir los trámites enumerados en el párrafo 9 según considere necesario, a condición de que al adoptar el reglamento técnico cumpla con lo siguiente:

- 2.10.1 notificar inmediatamente a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría, el reglamento técnico y los productos de que se trate, indicando brevemente el objetivo y la razón de ser del reglamento técnico, así como la naturaleza de los problemas urgentes;
- 2.10.2 previa solicitud, facilitar a los demás Miembros el texto del reglamento técnico;
- 2.10.3 dar sin discriminación a los demás Miembros la posibilidad de formular observaciones por escrito, mantener conversaciones sobre ellas si así se le solicita, y tomar en cuenta estas observaciones escritas y los resultados de dichas conversaciones."

7.505 Por tanto, el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* permite a los Miembros de la OMC que hagan caso omiso de las prescripciones impuestas por el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* en lo que se refiere a los reglamentos técnicos en proyecto si se les planteasen o amenazaran planteárseles problemas urgentes. Entendemos que la alegación de Indonesia se limita a un supuesto incumplimiento de la prescripción de notificación del párrafo 10.1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y no a las demás obligaciones recogidas en los párrafos 10.2 y 10.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸⁷²

7.506 Por tanto, una cuestión previa para establecer la aplicación de la obligación de notificación impuesta en virtud del párrafo 10.1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es si a los Estados Unidos se les plantean o amenazan planteárseles problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional con respecto a la adopción del artículo 907(a)(1)(A). Indonesia alega que los Estados Unidos han reconocido que ninguna de las circunstancias urgentes enumeradas en el

⁸⁷² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 142.

párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* rodearon la adopción del artículo 907(a)(1)(A).⁸⁷³ No obstante, observamos que los Estados Unidos no han dicho nada al respecto y, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, sencillamente confirmaron que no habían notificado el artículo 907(a)(1)(A) a los demás Miembros por conducto de la Secretaría de la OMC de conformidad con el párrafo 10.1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸⁷⁴

c) Conclusión

7.507 Al no haber pruebas ni argumentos de que a los Estados Unidos se les plantearan o amenazaran plantearse tales problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional cuando se adoptó el artículo 907(a)(1)(A), sólo podemos concluir que esas circunstancias urgentes no se daban y que, por tanto, el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no es aplicable en la presente diferencia. Por consiguiente, el Grupo Especial se abstiene de seguir examinando la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y pasa a examinar las alegaciones formuladas por Indonesia al amparo de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

J. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON LOS PÁRRAFOS 9.2 Y 9.3 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC*

1. Argumentos de las partes

7.508 **Indonesia** alega que los Estados Unidos no cumplieron las obligaciones que les corresponden en virtud de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸⁷⁵ Aducen que, antes de adoptar el artículo 907(a)(1)(A), los Estados Unidos estaban obligados a seguir los procedimientos enunciados en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸⁷⁶ A su juicio, se aplicaban esos procedimientos porque i) no hay normas internacionales pertinentes sobre los aromas de los cigarrillos; y ii) el artículo 907(a)(1)(A) ha tenido un efecto significativo en el comercio de Indonesia.⁸⁷⁷

7.509 Al interpretar la expresión "efecto significativo en el comercio" que figura en el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, Indonesia se basa en una recomendación adoptada por el Comité OTC relativa a esa disposición. Dicha recomendación establece que los Miembros deben tener en cuenta factores como "el valor de las importaciones procedentes de otros Miembros, individualmente o en conjunto, o la importancia que tengan por otros motivos para los Miembros importadores y/o exportadores interesados, el potencial de crecimiento de esas importaciones, y las dificultades que supone para los productores de otros Miembros cumplir el reglamento técnico en proyecto".⁸⁷⁸ Indonesia señala que la recomendación adoptada por el Comité OTC establece además que "[e]l concepto de efecto significativo en el comercio de otros Miembros debe comprender los efectos tanto de aumento como de disminución de las importaciones en el comercio de otros Miembros, siempre y cuando esos efectos sean significativos".⁸⁷⁹

⁸⁷³ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151.

⁸⁷⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 150.

⁸⁷⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140.

⁸⁷⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 139.

⁸⁷⁷ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 139.

⁸⁷⁸ Respuesta de Indonesia a la pregunta 69 del Grupo Especial, donde se hace referencia al documento del Comité OTC titulado Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1° de enero de 1995, G/TBT/1/Rev.9, 8 de septiembre de 2008, página 17.

⁸⁷⁹ Respuesta de Indonesia a la pregunta 69 del Grupo Especial, donde se hace referencia al documento del Comité OTC titulado Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1° de enero de 1995, G/TBT/1/Rev.9, 8 de septiembre de 2008, página 17.

7.510 Indonesia sostiene que, dado que casi todos los cigarrillos de olor vendidos en los Estados Unidos se importaban de Indonesia, los Estados Unidos eran muy conscientes del efecto significativo que podía tener el artículo 907(a)(1)(A) en el comercio de Indonesia.⁸⁸⁰ Por tanto, aduce, los Estados Unidos estaban obligados a seguir los procedimientos del párrafo 9 del artículo 2 antes de adoptar el artículo 907(a)(1)(A)⁸⁸¹, en particular las obligaciones enunciadas en los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸⁸²

7.511 Indonesia señala que, con arreglo a la recomendación del Comité OTC, la notificación de conformidad con el párrafo 9.2 del artículo 2 "deberá hacerse [...] cuando se disponga del texto completo del reglamento técnico en proyecto o del procedimiento para la evaluación de la conformidad en proyecto y cuando sea todavía posible introducir modificaciones y tenerlas en cuenta".⁸⁸³ Indonesia alega que los Estados Unidos no presentaron al Comité OTC ninguna notificación de los productos abarcados por el artículo 907(a)(1)(A) durante el período en el que podían introducirse modificaciones de la FSPTCA o de los reglamentos de aplicación (es decir, durante el período posterior a la introducción de la FSPTCA y antes de su aprobación por el Congreso de los Estados Unidos, o cuando la FDA publicó su solicitud de presentación de observaciones sobre la aplicación de la FSPTCA⁸⁸⁴).⁸⁸⁵

7.512 En lo que se refiere al párrafo 9.3 del artículo 2, Indonesia alega que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud de esa disposición al no responder a las preguntas de Indonesia sobre aspectos concretos del artículo 907(a)(1)(A).⁸⁸⁶

7.513 Según los **Estados Unidos**, la expresión "efecto significativo en el comercio" recogida en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no exige que se vea afectado un gran volumen de comercio para que se active el párrafo 9 del artículo 2, sino que la expresión "efecto significativo" engloba todos los efectos en el comercio que no son *de minimis*.⁸⁸⁷

7.514 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos explican que no notificaron el artículo 907(a)(1)(A) a la Secretaría de conformidad con lo establecido en el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸⁸⁸

7.515 Sin embargo, los Estados Unidos sostienen que toda la información pertinente relativa al artículo 907(a)(1)(A) siempre ha estado a disposición del público, y que de hecho Indonesia hizo aportaciones al proceso legislativo.⁸⁸⁹

7.516 Asimismo, los Estados Unidos dicen estar entre los principales impulsores de la transparencia en la OMC y que han notificado 589 medidas al Comité OTC desde que se creó la OMC (80 medidas sólo en 2010). Esto, según los Estados Unidos, contrasta con el caso de Indonesia, que ha notificado

⁸⁸⁰ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 139.

⁸⁸¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 139.

⁸⁸² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140.

⁸⁸³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140, donde se hace referencia al documento del Comité OTC titulado Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1º de enero de 1995, G/TBT/1/Rev.8, 23 de mayo de 2002, página 17.

⁸⁸⁴ Indonesia - Prueba documental 42.

⁸⁸⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140.

⁸⁸⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140. Las preguntas de Indonesia se distribuyeron a los Miembros de la OMC por medio del documento G/TBT/W/323.

⁸⁸⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Grupo Especial.

⁸⁸⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Grupo Especial.

⁸⁸⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 294.

46 medidas en total y sólo 14 en 2010. Por último, según los Estados Unidos, recientemente Indonesia ha dejado sin notificar al Comité OTC varias medidas aplicadas.⁸⁹⁰

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.517 La cuestión sometida al Grupo Especial es si los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁸⁹¹ En particular: i) si los Estados Unidos no notificaron los productos abarcados, el objetivo y la razón de ser del proyecto de artículo 907(a)(1)(A), como prescribe el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; y ii) si los Estados Unidos no proporcionaron detalles sobre el proyecto de artículo 907(a)(1)(A) o el texto del mismo, de conformidad con lo establecido en el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.518 Señalamos que, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, Indonesia formuló alegaciones al amparo de los párrafos 9.1, 9.2, 9.3 y 9.4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, pero posteriormente sólo presentó argumentos y pruebas con respecto a las alegaciones que formuló al amparo de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2. Por consiguiente, entendemos que Indonesia decidió no seguir adelante con las alegaciones formuladas al amparo de los párrafos 9.1 y 9.4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, por lo que no las examinaremos.⁸⁹²

7.519 Hemos decidido abordar ambas alegaciones dentro de la misma sección del presente informe, siguiendo la estructura de la argumentación presentada por las partes y la de la propia disposición.

b) Las disposiciones jurídicas en cuestión

7.520 El párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* dice lo siguiente:

"En todos los casos en que no exista una norma internacional pertinente o en que el contenido técnico de un reglamento técnico en proyecto no esté en conformidad con el contenido técnico de las normas internacionales pertinentes, y siempre que dicho reglamento técnico pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros, los Miembros:

2.9.1 ...

2.9.2 notificarán a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría, cuáles serán los productos abarcados por el reglamento técnico en proyecto, indicando brevemente su objetivo y razón de ser. Tales notificaciones se harán en una etapa

⁸⁹⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 295.

⁸⁹¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140.

⁸⁹² Señalamos que el Grupo Especial que examinó el asunto *India - Derechos de importación adicionales* constató que los Estados Unidos habían abandonado su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, que aparecía en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, porque no hicieron referencia alguna a esa alegación en sus comunicaciones, ni explícita ni implícitamente. Informe del Grupo Especial, *India - Derechos de importación adicionales*, párrafos 7.402-7.405. Véanse también las constataciones del Grupo Especial encargado del asunto *Egipto - Barras de refuerzo de acero*, en las que se constató que Turquía había abandonado su alegación al amparo del párrafo 3 del artículo X del GATT de 1994, que también figuraba en su solicitud de establecimiento de un grupo especial pero sobre la que Turquía no presentó argumento alguno en ninguna de sus comunicaciones. Informe del Grupo Especial, *Egipto - Barras de refuerzo de acero*, párrafo 7.30.

convenientemente temprana, cuando puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen;

2.9.3 previa solicitud, facilitarán a los demás Miembros detalles sobre el reglamento técnico en proyecto o el texto del mismo y señalarán, siempre que sea posible, las partes que en sustancia difieran de las normas internacionales pertinentes;

2.9.4 ..."

7.521 Señalamos que, de conformidad con su párrafo introductorio, el párrafo 9 del artículo 2 sólo se aplica cuando: i) no exista una norma internacional pertinente o el contenido técnico de un reglamento técnico en proyecto no esté en conformidad con el contenido técnico de la norma internacional pertinente; y ii) un reglamento técnico pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros.

c) Condiciones para la aplicación del párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

7.522 Por consiguiente, antes de empezar a analizar si los Estados Unidos no han cumplido las obligaciones pertinentes que figuran en los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, examinaremos si en el presente caso se dan las condiciones para que se apliquen las obligaciones recogidas en esas disposiciones. En primer lugar examinaremos si hay una norma internacional pertinente sobre los aromas de los cigarrillos y, en tal caso, si el artículo 907(a)(1)(A) está en conformidad con el contenido técnico de esa norma internacional. A continuación examinaremos si el artículo 907(a)(1)(A) puede tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros, en particular en el comercio de Indonesia.

i) *Primera condición: que no haya una norma internacional pertinente o que el reglamento técnico en proyecto no esté en conformidad con una norma internacional pertinente*

7.523 Como se ha explicado *supra*, la primera condición para que se apliquen las obligaciones enunciadas en el párrafo 9 del artículo 2 es que no haya una norma internacional pertinente o, en caso de que la haya, que el contenido técnico del reglamento técnico en proyecto y el contenido técnico de la norma internacional pertinente no concuerden.

7.524 Indonesia sostiene que no hay normas internacionales pertinentes sobre los aromas de los cigarrillos. En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, Indonesia aclara que las normas existentes sobre cigarrillos de la Organización Internacional de Normalización ("ISO") no distinguen entre los aromas de los cigarrillos.⁸⁹³ Los Estados Unidos están de acuerdo en que no hay normas internacionales pertinentes aplicables en el presente caso.⁸⁹⁴

7.525 Habida cuenta de lo expuesto *supra*, constatamos que se cumple la primera condición fijada en el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* para que se apliquen las obligaciones recogidas en tal disposición.

ii) *Segunda condición: si el reglamento técnico puede tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros*

7.526 La segunda condición impuesta por el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es que el reglamento técnico "pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros".

⁸⁹³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 132 (Indonesia - Prueba documental 40); y respuesta de Indonesia a la pregunta 59 del Grupo Especial.

⁸⁹⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 59 del Grupo Especial.

7.527 A este respecto, Indonesia aduce que el artículo 907(a)(1)(A) ha tenido un efecto significativo en su comercio con los Estados Unidos porque alrededor de 6 millones de indonesios dependen directa e indirectamente de la producción de cigarrillos y el cultivo del tabaco.⁸⁹⁵ Indonesia sostiene además que, en 2008, sus exportaciones de cigarrillos de olor a los Estados Unidos ascendieron a aproximadamente 15 millones de dólares EE.UU.⁸⁹⁶

7.528 Los Estados Unidos no han negado que el artículo 907(a)(1)(A) tenga una repercusión significativa en el comercio de Indonesia.

7.529 Señalamos que el texto de esta segunda condición para que se aplique el párrafo 9 del artículo 2 se refiere a que el reglamento técnico "*may have a significant effect on trade of other Members*" (pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros), no a que "*will have a significant effect*" (vaya a tener un efecto significativo) o "*has a significant effect*" (tenga un efecto significativo). "*May*" (pueda) se utiliza para expresar una posibilidad, no una certeza.⁸⁹⁷ Por consiguiente, interpretamos que esas palabras significan que el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* no exige probar que haya efectos reales en el comercio, sino que esta condición engloba situaciones en las que un reglamento técnico pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros.

7.530 Asimismo, observamos que el párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* hace referencia a un efecto "significativo". "*Significant*" (significativo) significa "*sufficiently great or important to be worthy of attention; noteworthy*" (suficientemente grande o importante para merecer atención; digno de atención).⁸⁹⁸ Por consiguiente, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que un "efecto significativo" engloba todos los efectos en el comercio que no son *de minimis*.⁸⁹⁹ En este sentido, observamos que Indonesia ha presentado pruebas al Grupo Especial que demuestran que el artículo 907(a)(1)(A) tiene un efecto sustancial y digno de atención en su comercio de cigarrillos de olor con los Estados Unidos. En particular, los datos facilitados por Indonesia muestran que la gran mayoría de los cigarrillos de olor importados en los Estados Unidos proviene de Indonesia.⁹⁰⁰ Indonesia también ha demostrado que el valor de esas importaciones ascendía aproximadamente a 15 millones de dólares EE.UU. en 2008.⁹⁰¹ Asimismo, señalamos que Indonesia ha aducido que lleva más de 40 años exportando cigarrillos de olor a los Estados Unidos.⁹⁰²

⁸⁹⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 129; declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva, párrafo 4; y respuesta de Indonesia a la pregunta 69 del Grupo Especial.

⁸⁹⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 29 y 40.

⁸⁹⁷ *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 30 de abril de 2011. Véanse también el diccionario *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen I, página 1725, en donde se define que "*may*" (poder) significa, entre otras cosas, "*have the possibility, opportunity, or suitable conditions to; be likely to*" (tener la posibilidad, la oportunidad o las condiciones adecuadas para algo; ser probable); y el diccionario *Webster's Online Dictionary*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define que "*may*" (poder) significa, entre otras cosas, "*used to indicate possibility or probability*" (utilizado para indicar posibilidad o probabilidad).

⁸⁹⁸ *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 30 de abril de 2011. Véanse también el diccionario *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen II, página 2835, en donde se define que "*significant*" (significativo) significa, entre otras cosas, "*[i]mportant, notable; consequential*" ([i]mportante, notable; que tiene consecuencias); y el diccionario *Webster's Online Dictionary*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define que "*significant*" (significativo) significa, entre otras cosas, "*of a noticeably or measurably large amount*" (en una cantidad considerablemente o apreciablemente grande).

⁸⁹⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 69 del Grupo Especial.

⁹⁰⁰ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 18 y 139; respuesta de Indonesia a la pregunta 48 del Grupo Especial; primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 35.

⁹⁰¹ Indonesia - Pruebas documentales 68, 102; Estados Unidos - Pruebas documentales 100 y 134.

⁹⁰² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 5.

7.531 Como el artículo 907(a)(1)(A) prohíbe la importación de cigarrillos de olor en los Estados Unidos, sólo podemos llegar a la conclusión de que la repercusión del artículo 907(a)(1)(A) en el comercio de Indonesia es significativa en el sentido del párrafo 9 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por consiguiente, constatamos que también se cumple la segunda condición de la aplicación de las obligaciones que figuran en los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.532 A continuación examinaremos las alegaciones de Indonesia al amparo de los párrafos 9.2 y 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

d) El párrafo 9.2 del artículo 2: obligación de notificar el reglamento técnico en proyecto

7.533 Recordamos que el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* obliga a los Miembros a notificar a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría, cuáles serán los productos abarcados por el reglamento técnico en proyecto, indicando brevemente su objetivo y razón de ser. Tales notificaciones se deben hacer en una etapa convenientemente temprana, cuando puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen.

7.534 El Órgano de Apelación señaló en *CE - Amianto* que la obligación del párrafo 9.2 del artículo 2 exigía "identificar los productos abarcados por el reglamento técnico".⁹⁰³

7.535 Señalamos que, a diferencia del párrafo 9.3 del artículo 2, el párrafo 9.2 del artículo 2 no vincula la obligación de notificar al hecho de que un Miembro lo solicite.

7.536 Asimismo, observamos que el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplica a los "*proposed technical regulation[s]*" (en la versión inglesa). En el mismo sentido, la versión francesa del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* utiliza las palabras "*le règlement technique projeté*" y la versión española del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* utiliza las palabras "el reglamento técnico en proyecto". "*To propose*" se puede definir como "*to put forward [a technical regulation] for consideration by others*" (presentar [un reglamento técnico] para su examen por terceros).⁹⁰⁴ El párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplica por tanto a lo que serían instrumentos jurídicos comprendidos en la definición de un reglamento técnico que aún estaría en forma de "proyecto", es decir, aún no aprobado ni en vigor. El texto de la segunda frase del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* refuerza esta conclusión, ya que indica que la notificación se debe hacer "en una etapa convenientemente temprana, cuando puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen". Por consiguiente, como la disposición prevé la posibilidad de modificaciones y observaciones, el reglamento técnico en cuestión no puede haberse aprobado o adoptado antes de que se haga la notificación. A nuestro juicio, el párrafo 9.2 del artículo 2 (al igual que sucede con el párrafo 6.2 del artículo 5 para los procedimientos de evaluación

⁹⁰³ En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación constató lo siguiente:

"Evidentemente, un 'reglamento técnico' ha de ser aplicable a un producto o grupo de productos identificable. De lo contrario, la aplicación coercitiva del reglamento sería, en la práctica, imposible. También se basa en esta consideración la obligación formal, establecida en el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, de que los Miembros notifiquen a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría de la OMC, 'cuáles serán los productos abarcados' por un 'reglamento técnico' en proyecto (sin cursivas en el original). Está claro que para cumplir esta obligación es necesario identificar los productos abarcados por el reglamento técnico. ..."

Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 70.

⁹⁰⁴ *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 30 de abril de 2011. Véanse también el diccionario *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (editores) (Oxford University Press, 2002), volumen II, página 2371, en donde se define que "*proposed*" significa, entre otras cosas, "*put forward for consideration or action*" (presentado para su examen o para que se tomen medidas); y el diccionario *Webster's Online Dictionary*, consultado el 30 de abril de 2011, en donde se define que "*proposed*" significa, entre otras cosas, "*to set forth for acceptance or rejection*" (enunciar algo para su aceptación o rechazo).

de la conformidad) forma parte del núcleo de las disposiciones de transparencia del *Acuerdo OTC*: el propósito mismo de la notificación es dar la oportunidad de formular observaciones antes de que la medida en proyecto entre en vigor, cuando aún hay tiempo para hacer cambios antes de que "sea demasiado tarde".

7.537 Una recomendación del Comité OTC sobre el momento en que se han de hacer las notificaciones aporta una orientación y un respaldo adicionales a nuestra interpretación:

"Para cumplir lo dispuesto en los artículos 2.9.2, 3.2 (en relación con el artículo 2.9.2), 5.6.2 y 7.2 (en relación con el artículo 5.6.2), deberá hacerse la notificación cuando se disponga del texto completo del reglamento técnico en proyecto o del procedimiento para la evaluación de la conformidad en proyecto y cuando sea todavía posible introducir modificaciones y tenerlas en cuenta."⁹⁰⁵

7.538 Por consiguiente, examinaremos si los Estados Unidos notificaron los productos abarcados, así como el objetivo y la razón de ser del artículo 907(a)(1)(A) en una etapa convenientemente temprana, es decir, cuando estaba en forma de proyecto, antes de su adopción, cuando podían aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formularan.

7.539 Como se ha explicado *supra*, Indonesia alega que los Estados Unidos no notificaron a Indonesia por conducto de la Secretaría los productos abarcados por el artículo 907(a)(1)(A). En apoyo de su alegación, Indonesia señala a la atención del Grupo Especial "[e]l Sistema de Gestión de la Información OTC, una base de datos en la que pueden realizarse búsquedas que recoge todas las notificaciones relacionadas con el *Acuerdo OTC*, [que] muestra, a fecha de [la primera] comunicación [escrita de Indonesia] que los Estados Unidos no han presentado notificación alguna relativa a [el artículo 907(a)(1)(A)]".^{906, 907}

7.540 Los Estados Unidos no han refutado la afirmación de Indonesia. Al contrario, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos reconocen no haber notificado el artículo 907(a)(1)(A) por conducto de la Secretaría de la OMC.⁹⁰⁸ En su defensa, los Estados Unidos aducen que toda la información pertinente ha estado siempre a disposición del público, que en realidad Indonesia hizo aportaciones al proceso legislativo⁹⁰⁹ y que los Estados Unidos "están entre los principales impulsores de la transparencia en la OMC".⁹¹⁰

7.541 A nuestro juicio, independientemente del fundamento de los argumentos de los Estados Unidos, la obligación enunciada en el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es clara: los Miembros de la OMC deben notificar a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría de la OMC, los productos abarcados, el objetivo y la razón de ser de sus reglamentos técnicos en proyecto, en una etapa convenientemente temprana. Los Estados Unidos no lo han hecho en lo que se refiere al artículo 907(a)(1)(A).

7.542 Por consiguiente, al no haberse notificado a los Miembros de la OMC por conducto de la Secretaría los productos abarcados por el proyecto de artículo 907(a)(1)(A), indicando brevemente su objetivo y razón de ser, en una etapa convenientemente temprana -es decir, cuando aún podían hacerse modificaciones y observaciones-, el Grupo Especial constata que los Estados Unidos no han

⁹⁰⁵ G/TBT/1/Rev.9, página 17.

⁹⁰⁶ La primera comunicación escrita de Indonesia tiene fecha de 20 de octubre de 2010.

⁹⁰⁷ Primera comunicación escrita de Indonesia, nota 160.

⁹⁰⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Grupo Especial.

⁹⁰⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 294; y Estados Unidos - Prueba documental 81.

⁹¹⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 295.

cumplido las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

- e) El párrafo 9.3 del artículo 2: obligación de facilitar detalles sobre el reglamento técnico en proyecto o el texto del mismo

7.543 Recordamos que el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* obliga a los Miembros, previa solicitud de otro Miembro, a facilitar detalles sobre un reglamento técnico en proyecto o el texto del mismo. Esta disposición exige también que, siempre que sea necesario, el Miembro regulador señale las partes que en sustancia difieran de las normas internacionales pertinentes. Esta última obligación no afectaría en modo alguno al presente caso porque, como hemos explicado *supra*⁹¹¹, no hay normas internacionales pertinentes sobre el aroma de los cigarrillos.

7.544 Indonesia alega que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* al no responder a las preguntas de Indonesia en las que pedía que se explicasen determinados aspectos del artículo 907(a)(1)(A), recogidas en el documento G/TBT/W/323.⁹¹² Los Estados Unidos no responden directamente a la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁹¹³

7.545 Observamos que, a diferencia del caso del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, la obligación de facilitar detalles sobre un reglamento técnico en proyecto o el texto del mismo impuesta en virtud del párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se activa únicamente a petición de un Miembro. Sin embargo, al igual que en el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, tal obligación se limita a "los reglamentos técnicos en proyecto", es decir, los reglamentos técnicos que aún están en forma de proyecto y en los que, por tanto, como se ha explicado *supra*, puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen.

7.546 Por consiguiente, para que los Estados Unidos hubieran estado obligados en virtud del párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* a facilitar a Indonesia detalles sobre el artículo 907(a)(1)(A) o el texto del mismo, Indonesia debía haber solicitado a los Estados Unidos que lo hicieran cuando el artículo 907(a)(1)(A) aún estaba en forma de proyecto.

7.547 Como se ha explicado, Indonesia alega que su solicitud de conformidad con el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* estaba comprendida en las preguntas que formuló a los Estados Unidos a través del Comité OTC y que constan en el documento G/TBT/W/323. Observamos que la comunicación de Indonesia tenía fecha de 17 de agosto de 2009⁹¹⁴, es decir, casi dos meses después de que se aprobase el artículo 907(a)(1)(A), el 20 de junio de 2009. Por tanto, las preguntas formuladas por Indonesia a los Estados Unidos en el documento G/TBT/W/323 no podían referirse a un reglamento técnico "en proyecto", sino a un reglamento técnico que ya estaba aprobado. Por consiguiente, aunque se considerase que las preguntas formuladas por Indonesia en el documento

⁹¹¹ Véanse los párrafos 7.523-7.525.

⁹¹² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 140. Las preguntas de Indonesia se distribuyeron a los Miembros de la OMC por medio del documento G/TBT/W/323 el 20 de agosto de 2009.

⁹¹³ Los Estados Unidos abordan el argumento de Indonesia relativo al hecho de que no respondiesen a las preguntas del documento G/TBT/W/323 en el contexto de la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En ese contexto, los Estados Unidos aducen que mantuvieron numerosos contactos con Indonesia sobre esta cuestión. En particular, hacen referencia a un debate bilateral mantenido con Indonesia en Ginebra el 27 de agosto 2009, a un debate entre el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, Ronald Kirk, y un representante de Indonesia en una reunión ministerial de la OMC en la India, y a una deliberación en la reunión del Comité OTC de noviembre de 2009. Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 280.

⁹¹⁴ Las preguntas de Indonesia se distribuyeron a los Miembros de la OMC por medio del documento G/TBT/W/323 el 20 de agosto de 2009.

G/TBT/W/323 eran una solicitud de detalles en el sentido del párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, esas preguntas no se referían a un reglamento técnico en proyecto.

7.548 Observamos que Indonesia no ha presentado al Grupo Especial ninguna otra prueba que pueda demostrar que solicitase a los Estados Unidos que facilitasen detalles sobre el artículo 907(a)(1)(A) o el texto del mismo cuando aún estaba en forma de proyecto.

7.549 Por consiguiente, constatamos que, al no demostrar que solicitó a los Estados Unidos que facilitasen detalles sobre el artículo 907(a)(1)(A) o el texto del mismo cuando aún estaba en forma de proyecto, Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuasen de manera incompatible con el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

f) Conclusión

7.550 Al no notificar a los Miembros de la OMC por conducto de la Secretaría cuáles serían los productos abarcados por el artículo 907(a)(1)(A) en proyecto, indicando brevemente su objetivo y razón de ser, en una etapa convenientemente temprana -es decir, cuando aún podían hacerse modificaciones y observaciones-, el Grupo Especial constata que los Estados Unidos no han cumplido las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.551 Asimismo, por las razones expuestas *supra*, constatamos que Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuasen de manera incompatible con el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

K. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 12 DEL ARTÍCULO 2 DEL *ACUERDO OTC*

1. Argumentos de las partes

7.552 **Indonesia** alega que al no prever un plazo prudencial de al menos seis meses entre la publicación del artículo 907(a)(1)(A) y su entrada en vigor, los Estados Unidos infringieron las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁹¹⁵ Indonesia considera que el derecho recogido en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe otorgarse, en particular, a los países en desarrollo.⁹¹⁶

7.553 En su primera comunicación, Indonesia hace referencia a una decisión del Comité OTC de conformidad con la cual se entenderá que la expresión "plazo prudencial" recogida en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* "significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos".⁹¹⁷ Posteriormente, Indonesia explica que el Comité OTC tomó nota de la Decisión Ministerial de 2001 sobre cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación, de 14 de noviembre de 2001 ("la Decisión Ministerial de Doha")⁹¹⁸, y definió el "plazo prudencial" como al menos seis meses.⁹¹⁹ Indonesia aduce que esta interpretación del plazo prudencial es jurídicamente vinculante para los Miembros, dado que la

⁹¹⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145.

⁹¹⁶ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 176.

⁹¹⁷ Comité OTC, Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1° de enero de 1995, G/TBT/1/Rev.8, 23 de mayo de 2002, página 32. Cabe señalar que Indonesia hizo referencia a la versión antigua de una recopilación de decisiones y recomendaciones del Comité OTC. La versión actualizada es el documento G/TBT/1/Rev.9, página 22.

⁹¹⁸ Decisión Ministerial de 2001 sobre cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación, de 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/17, párrafo 5.2.

⁹¹⁹ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151; y respuesta de Indonesia a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafos 18, 25 y 29.

Decisión Ministerial es una decisión interpretativa de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*.⁹²⁰ Indonesia señala que la FSPTCA se firmó el 22 de junio de 2009 y el artículo 907(a)(1)(A) entró en vigor 90 días después. Indonesia sostiene que ese período de 90 días es inferior al criterio del "plazo prudencial" de seis meses recomendado por el Comité OTC.⁹²¹

7.554 Según Indonesia, el criterio del "plazo prudencial" que figura en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* está específicamente concebido para dar a los productores de los demás Miembros -en particular a los de países en desarrollo como Indonesia- un plazo adecuado para adaptarse a los nuevos reglamentos técnicos adoptados por otros Miembros. Indonesia sostiene que los Estados Unidos no satisficieron este criterio.⁹²²

7.555 Según Indonesia, los Estados Unidos no han demostrado que el plazo más breve aplicado estuviese justificado por alguna de las circunstancias de urgencia identificadas en el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* o que el plazo prudencial de seis meses hubiese sido ineficaz para el logro de los objetivos de la medida.⁹²³

7.556 Los **Estados Unidos** sostienen que Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos hayan actuado de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2.⁹²⁴ Para los Estados Unidos, el argumento en el que Indonesia señala que el plazo de 90 días previsto por los Estados Unidos no era un plazo prudencial de conformidad con el párrafo 12 del artículo 2 es erróneo.⁹²⁵ En lo que se refiere al hecho de que Indonesia se base en una decisión del Comité OTC, los Estados Unidos sostienen que las decisiones del Comité OTC no forman parte de los acuerdos abarcados y no dan lugar a obligaciones imperativas para los Miembros.⁹²⁶ Los Estados Unidos reconocen que la decisión del Comité OTC a la que hace referencia Indonesia proporciona un contexto pertinente.

7.557 En respuesta al recurso de Indonesia a la Decisión Ministerial de Doha, los Estados Unidos aducen que no es una interpretación del *Acuerdo sobre la OMC* en el sentido del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*.⁹²⁷ Según los Estados Unidos, la Decisión Ministerial de Doha podría, como mucho, considerarse un "medio de interpretación complementario" en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁹²⁸ Por tanto, según los Estados Unidos no cabe considerar que la Decisión Ministerial de Doha sea una interpretación vinculante del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁹²⁹

7.558 Los Estados Unidos sostienen que, habida cuenta de que ni la decisión del Comité OTC ni la Decisión Ministerial de Doha son vinculantes para los Miembros de la OMC, y dado el carácter condicionado de su texto, la determinación por un grupo especial de si un plazo concreto es "prudencial" debe considerarse caso por caso. Los Estados Unidos respaldan su conclusión en la definición que dan los diccionarios del término "*reasonable*" (razonable, prudencial) que es "*in accordance with reason; not irrational or absurd*" (conforme a la razón; no irracional o

⁹²⁰ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151; y respuesta de Indonesia a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafos 18 y 30.

⁹²¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145.

⁹²² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145.

⁹²³ Respuesta de Indonesia a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 25.

⁹²⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 304.

⁹²⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 296.

⁹²⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 298 y 299; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 7 del Grupo Especial, párrafos 6 y 8.

⁹²⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 5.

⁹²⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 3; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 103.

⁹²⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 5.

absurdo).⁹³⁰ Por consiguiente, para determinar si un plazo concreto es prudencial, el Grupo Especial debe sopesar si el plazo previsto está dentro de los límites de la razón o es irracional o absurdo, una determinación que depende de todos los hechos y circunstancias que rodean la adopción de la medida.⁹³¹

7.559 A juicio de los Estados Unidos, Indonesia no ha demostrado por qué, en el caso que nos ocupa, el "plazo prudencial" no debe ser inferior a seis meses. Para los Estados Unidos, Indonesia no explica por qué un retraso de la fecha de entrada en vigor hasta los seis meses sería compatible con los objetivos de la medida.⁹³² En este sentido, los Estados Unidos recuerdan que el texto de la Decisión Ministerial de Doha prevé que el "plazo prudencial" será, en circunstancias normales, no inferior a los seis meses. Para los Estados Unidos, esto significa que el "plazo prudencial" puede ser inferior a seis meses.⁹³³

7.560 Los Estados Unidos aducen además que Indonesia no ha presentado prueba alguna que sugiera que la diferencia entre un período de 90 días y un período de seis meses afectase en modo alguno a la capacidad de los productores indonesios de "adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador". Según los Estados Unidos, los productores indonesios han podido y pueden comercializar cigarrillos aromatizados con tabaco y aromatizados con mentol en el mercado estadounidense. Sin embargo, por lo que saben los Estados Unidos, los productores indonesios, incluso después de transcurridos 16 meses desde la promulgación de la FSPTCA, no han ajustado sus líneas de productos para producir cigarrillos aromatizados con tabaco o mentol. Por tanto, a su juicio, el que los Estados Unidos esperasen tres o seis meses tras la promulgación de la medida para permitir su entrada en vigor no parece haber afectado en modo alguno a los productores indonesios.⁹³⁴

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.561 Recordamos que la FSPTCA se promulgó como ley en los Estados Unidos el 22 de junio de 2009. La medida en litigio en esta diferencia, el artículo 907(a)(1)(A), entró en vigor tres meses después de la promulgación de la FSPTCA. La cuestión sometida al Grupo Especial es, por lo tanto, si los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con las obligaciones que les impone el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* al prever un plazo de tres meses entre la promulgación de la FSPTCA y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A). En particular, la cuestión principal es si, como alega Indonesia, el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* obligaba a los Estados Unidos a prever un período *mínimo* de *seis meses* entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A).

7.562 Como en el caso de otras disposiciones examinadas en el presente asunto, nos enfrentamos a una cuestión inédita, ya que no hay informes anteriores del Órgano de Apelación o de grupos especiales en los que se haya interpretado el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Por lo tanto, comenzaremos examinando la disposición jurídica en cuestión para determinar el criterio jurídico aplicable.

⁹³⁰ *New Oxford English Dictionary*, volumen 2, 2496 (1993) (Estados Unidos - Prueba documental 82); y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 4.

⁹³¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 301.

⁹³² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 302; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 102 y 104.

⁹³³ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 104.

⁹³⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 303.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.563 El párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* establece lo siguiente:

"Salvo en las circunstancias urgentes mencionadas en el párrafo 10, los Miembros preverán un plazo prudencial entre la publicación de los reglamentos técnicos y su entrada en vigor, con el fin de dar tiempo a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador."

7.564 Observamos que esta disposición comienza excluyendo de la obligación de prever un plazo prudencial "las circunstancias urgentes mencionadas en el párrafo 10". Entendemos que ello significa que la obligación de prever un plazo prudencial entre la publicación de los reglamentos técnicos y su entrada en vigor no se aplicaría en el caso de que "se [...] planteasen o amenazaran con plantearse [...] problemas urgentes de seguridad, sanidad, protección del medio ambiente o seguridad nacional".⁹³⁵

7.565 Recordamos que, en respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos han confirmado que no notificaron el artículo 907(a)(1)(A) a la Secretaría de la OMC conforme a lo previsto en el párrafo 10.1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁹³⁶ Como expusimos en nuestras constataciones relativas a la alegación de infracción del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* formulada por Indonesia, el Grupo Especial considera que en el presente asunto no se daban las circunstancias de urgencia previstas en esa disposición. Por lo tanto, la obligación establecida en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se aplica en el presente asunto y, en consecuencia, los Estados Unidos estaban obligados a prever un plazo prudencial entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A).

7.566 Por consiguiente, salvo en las circunstancias urgentes descritas *supra*, el párrafo 12 del artículo 2 obliga ("shall" ("preverán")) a los Miembros a prever un "plazo prudencial" entre la publicación de los reglamentos técnicos y su entrada en vigor. En el párrafo 12 del artículo 2 también se explica la razón por la que ese plazo es necesario: "con el fin de dar tiempo a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador".

7.567 Examinaremos, por lo tanto, si el plazo previsto por los Estados Unidos entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) fue "prudencial" en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Observamos que ambas partes coinciden a este respecto en que, a efectos del párrafo 12 del artículo 2, la fecha de "publicación" del artículo 907(a)(1)(A) es el 22 de junio de 2009 (es decir, la fecha en que la FSPTCA fue promulgada) y que la fecha de "entrada en vigor" es el 22 de septiembre de 2009 (es decir la fecha en que el artículo 907(a)(1)(A) cobró efecto).⁹³⁷ Ambas partes se han referido al plazo efectivamente previsto por los Estados Unidos

⁹³⁵ Párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

⁹³⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 71 del Grupo Especial, párrafo 150.

⁹³⁷ En respuesta a la pregunta 72 del Grupo Especial, los Estados Unidos explicaron lo siguiente: "El Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley de control del tabaco el 11 de junio de 2009. El Presidente firmó la Ley, incorporándola al ordenamiento jurídico estadounidense, el 22 de junio de 2009. La Ley, ya firmada por el Presidente, estaba a disposición del público (publicada en el sitio Web del Gobierno estadounidense dedicado a la legislación) desde el 22 de junio de 2009. El 22 de septiembre de 2009 es la fecha en que el artículo 907(a)(1)(A) cobró efecto."

indicando que es un período de 90 días o período de tres meses.⁹³⁸ Se apela, por lo tanto, al Grupo Especial para que decida si el período de 90 días o tres meses que transcurrió entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) constituye un plazo prudencial en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.568 En relación con la interpretación de la expresión "plazo prudencial", Indonesia ha señalado a la atención del Grupo Especial una decisión del Comité OTC⁹³⁹ adoptada en la reunión del Comité de 15 de marzo de 2002, en la que se toma nota del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha.⁹⁴⁰ En dicha disposición de la Decisión Ministerial se establece lo siguiente:

"A reserva de las condiciones especificadas en el párrafo 12 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, se entenderá que la expresión 'plazo prudencial' significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos."

7.569 Observamos que las partes discrepan respecto del valor de la Decisión Ministerial de Doha como instrumento de interpretación. Indonesia aduce que la interpretación del plazo prudencial que se hace en la Decisión Ministerial de Doha es jurídicamente vinculante para los Miembros de la OMC, porque esa Decisión Ministerial es una decisión de interpretación conforme al párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*.⁹⁴¹

7.570 Los Estados Unidos opinan, por el contrario, que la Decisión Ministerial de Doha no es una interpretación en el sentido del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, porque no pretende establecer una interpretación del *Acuerdo sobre la OMC*.⁹⁴² Según los Estados Unidos, no hay nada en el texto de la Decisión Ministerial de Doha que haga referencia al párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* ni que indique que se siguieron los procedimientos establecidos en esa disposición para adoptar tales interpretaciones.⁹⁴³ En opinión de los Estados Unidos, la Decisión Ministerial de Doha puede considerarse, a lo sumo, un "medio de interpretación suplementario" en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena.⁹⁴⁴

7.571 Observamos que el *Acuerdo sobre la OMC* es categórico en cuanto a quién tiene la facultad de dictar interpretaciones autorizadas y, por lo tanto, vinculantes, de las disposiciones de los acuerdos abarcados. En efecto, en el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* se estipula lo siguiente:

"La Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales. ... La decisión de adoptar una interpretación se tomará por mayoría de tres cuartos de los Miembros ..."

⁹³⁸ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145; respuesta de Indonesia a las preguntas 2, párrafo 7, y 3, párrafo 10, del Grupo Especial; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 296, 298 y 302.

⁹³⁹ Véase la nota 917, *supra*.

⁹⁴⁰ Véase la nota 918, *supra*.

⁹⁴¹ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151; respuesta de Indonesia a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafos 18 y 30.

⁹⁴² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 5.

⁹⁴³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 5.

⁹⁴⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 3; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 103.

7.572 Por lo tanto, la Conferencia Ministerial (y el Consejo General) tienen la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones de los acuerdos abarcados.⁹⁴⁵ La Decisión Ministerial de Doha en cuestión fue ciertamente adoptada por consenso por la Conferencia Ministerial.⁹⁴⁶

7.573 Observamos que en el primer considerando del preámbulo de la Decisión Ministerial de Doha se indica que la Conferencia Ministerial ha tomado una decisión en relación con los asuntos que en ella se tratan "habida cuenta", entre otras cosas, del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*. Observamos que en la Decisión no se especifica el párrafo del artículo IX al que se refería la Conferencia Ministerial, sino que se hace referencia de manera general a esa disposición como un todo. No obstante, observamos que, de los distintos párrafos del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, sólo el párrafo 2 se refiere a la interpretación.

7.574 Los Estados Unidos aducen, sin embargo, que la Decisión Ministerial de Doha no es una interpretación autorizada del párrafo 2 del artículo IX porque no se siguieron las prescripciones en materia de procedimiento que se establecen en esa disposición. Según señalan los Estados Unidos, el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* contempla un requisito previo que se aplica en relación con los Acuerdos de la OMC incorporados en el Anexo 1 (entre los que figura el *Acuerdo OTC*). A saber, al adoptar una interpretación autorizada del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, la Conferencia Ministerial (y el Consejo General) actuarán "sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento de ese Acuerdo". A este respecto, sugieren los Estados Unidos, parece que al adoptar la Decisión Ministerial de Doha, la Conferencia Ministerial no cumplió el requisito previo establecido en el párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*; es decir, no se emitió previamente una recomendación del Consejo del Comercio de Mercancías, o del Comité OTC.⁹⁴⁷ Indonesia discrepa y señala que la Decisión Ministerial de Doha se adoptó en respuesta a los problemas planteados por los países en desarrollo en relación con la aplicación de los Acuerdos de la OMC.⁹⁴⁸ Indonesia sostiene, por lo tanto, que el párrafo 12 de la Declaración Ministerial de Doha⁹⁴⁹ y el preámbulo de la Decisión Ministerial de Doha se desprende claramente que la interpretación se alcanzó sobre la base de debates celebrados en el Consejo General y los órganos subsidiarios de la OMC.⁹⁵⁰

7.575 Podría aducirse que el incumplimiento de ese requisito de forma es insuficiente para concluir que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha no es una interpretación autorizada en el sentido del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, puesto que todos los Miembros de la OMC, reunidos en una Conferencia Ministerial, convinieron en una interpretación de una disposición de los Acuerdos de la OMC. Observamos que el fin del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC* es permitir que los Miembros aclaren el significado de las disposiciones de la OMC. A nuestro juicio, el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha cumple ese fin, ya que proporciona una interpretación de determinados términos que figuran en las normas de la OMC; en concreto, de la expresión "plazo prudencial" en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Esta opinión se ve respaldada por la propia formulación del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, que proporciona una interpretación de la expresión "plazo prudencial" utilizando las palabras "se

⁹⁴⁵ Observamos que el Órgano de Apelación aclaró en *Japón - Bebidas alcohólicas II* que la adopción del informe de un grupo especial por el OSD no equivale a una interpretación definitiva del GATT 1994. A juicio del Órgano de Apelación, esta opinión se ve confirmada por el hecho de que el *Acuerdo sobre la OMC* contempla en el párrafo 2 de su artículo IX una "facultad exclusiva" para formular interpretaciones vinculantes de las obligaciones establecidas en el marco de la OMC, la cual "no se concede tácitamente o por inadvertencia en ninguna otra parte". Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 16; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, páginas 21 y 22.

⁹⁴⁶ La Conferencia Ministerial de Doha se celebró los días 9 a 14 de noviembre de 2001.

⁹⁴⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 5.

⁹⁴⁸ Respuesta de Indonesia a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 27.

⁹⁴⁹ Declaración Ministerial de Doha de 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, párrafo 12.

⁹⁵⁰ Respuesta de Indonesia a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 27.

entenderá que [...] significa ...". El uso de "se entenderá", y no de, por ejemplo, "debería entenderse" o "puede entenderse", parece indicar que la intención de la Conferencia Ministerial y, por lo tanto, del órgano de más alto nivel de la OMC, en el que se reúnen todos los Miembros, era que el párrafo 5.2 fuese vinculante.⁹⁵¹

7.576 Aunque las partes discrepan en cuanto a la categorización del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha como interpretación autorizada del párrafo 2 del artículo IX del *Acuerdo sobre la OMC*, este Grupo Especial considera que ha de guiarse por él en su interpretación de la expresión "plazo prudencial", ya que fue objeto del acuerdo de todos los Miembros de la OMC reunidos en Conferencia Ministerial, que es el órgano de más alto rango de la Organización. Además, el Grupo Especial opina que, el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha podría considerarse un acuerdo ulterior entre las partes en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena.⁹⁵² Por lo que respecta a la interpretación de la expresión "plazo prudencial" en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁹⁵³

⁹⁵¹ Observamos que en *Estados Unidos - Plomo y bismuto II* el Grupo Especial constató que "una Declaración carece de la fuerza obligatoria de una Decisión", puesto que es una mera "Declaración", y no una "Decisión" de los Ministros. A juicio de dicho Grupo Especial, el simple reconocimiento de la necesidad de una medida, que tiene lugar en una Declaración ministerial, no prescribe esa medida, mientras que "[e]n una Decisión Ministerial, en cambio, los Ministros 'deciden' que se adoptará determinada medida". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Plomo y bismuto II*, párrafo 6.17. En *Estados Unidos - EVE*, el Órgano de Apelación explicó que las "decisiones" del GATT, en el sentido del párrafo 1 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC*, sirven de "guía" a la OMC. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE*, párrafo 115.

⁹⁵² El párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena* dispone lo siguiente: "3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones ...". En *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, el Órgano de Apelación se refirió al comentario de la Comisión de Derecho Internacional ("CDI") acerca de los proyectos de artículos sobre el derecho de los tratados, en el que se describe un acuerdo ulterior como "otro elemento auténtico de interpretación que hay que tener en cuenta, juntamente con el contexto". El Órgano de Apelación concluyó que, al referirse a la "interpretación auténtica", "la CDI entiende que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 [de la *Convención de Viena*] alude a acuerdos que concretamente guardan relación con la interpretación de un tratado". "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18º período de sesiones, Ginebra, 4 de mayo a 19 de julio de 1966", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (1966), volumen II, página 243, párrafo 14; informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 390.

⁹⁵³ Observamos que los Estados Unidos han presentado el argumento de que la Decisión Ministerial de Doha puede considerarse, a lo sumo, un "medio de interpretación complementario" en el sentido del artículo 32 de la *Convención de Viena* (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 6 del Grupo Especial, párrafo 3; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 103). El artículo 32 de la *Convención de Viena* dispone lo siguiente:

"Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable."

Observamos que el artículo 32 de la *Convención de Viena* permite al intérprete del tratado acudir a medios de interpretación complementarios si, después de aplicar el artículo 31 de la *Convención de Viena*, el significado de la expresión sigue siendo ambiguo u oscuro, o conduce a un resultado que es manifiestamente absurdo o irrazonable. Señalamos que, en el caso de que la Decisión Ministerial de Doha no constituyera un acuerdo ulterior, *quid non*, todavía podríamos valernos de ella para confirmar nuestra interpretación del concepto de plazo prudencial en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, o incluso para determinar el significado de ese concepto si la expresión sigue siendo ambigua u oscura.

7.577 Pasamos, por lo tanto, a examinar el propio texto del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha para determinar si sería de ayuda para este Grupo Especial en su tarea de decidir si el plazo de tres meses previsto por los Estados Unidos entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) constituye un plazo prudencial en el sentido del párrafo 12 del artículo 2.

7.578 Recordamos que el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha dispone que "se entenderá que la expresión 'plazo prudencial' significa normalmente un período no inferior a seis meses, salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos". El Grupo Especial observa que el período no inferior a seis meses está matizado por la expresión "*normally*" (normalmente), la cual, por lo tanto, parece limitar la obligación a aquellos casos que se producen "*under normal or usual conditions; as a rule*" (en condiciones normales o habituales; por lo general).⁹⁵⁴

7.579 Los Estados Unidos aducen que, dado que la obligación está matizada con el término "normalmente", no se espera del Miembro que prevea una demora de seis meses en todos los casos, y precisamente no en aquellos en que demorar la entrada en vigor podría menoscabar la capacidad de la medida de cumplir el objetivo legítimo.⁹⁵⁵ Los Estados Unidos sostienen además que, habida cuenta de que la Decisión Ministerial de Doha no obliga a los Miembros de la OMC y, además, se expresa de manera matizada, los grupos especiales han de determinar si una determinada demora es "razonable" atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso.⁹⁵⁶ Los Estados Unidos aducen también en apoyo de su conclusión la definición que da el diccionario del término "*reasonable*" (razonable, prudencial), a saber, "*in accordance with reason; not irrational or absurd*" (conforme a la razón; no irracional o absurdo).⁹⁵⁷ Por lo tanto, aducen, para determinar si un determinado plazo es prudencial, el Grupo Especial ha de sopesar si el plazo previsto es conforme a razón o si es irracional o absurdo, determinación que depende de todos los hechos y circunstancias que rodean a la promulgación de la medida.⁹⁵⁸

7.580 Estamos de acuerdo en que la inclusión del término "normalmente" antes de definir la duración de seis meses del plazo prudencial matiza la duración de ese plazo. El Grupo Especial ha considerado si podría entenderse que "normalmente" significa "en cualquier caso distinto de las circunstancias de urgencia", y ha concluido que, desde el punto de vista del análisis textual, no puede entenderse tal cosa. Como se ha explicado *supra*, en la primera frase del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* ya se dispone que éste se aplica "[s]alvo en las circunstancias urgentes mencionadas en el párrafo 10". En consecuencia, si entendiéramos que la palabra "normalmente" en el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha significa "salvo en circunstancias urgentes", estaríamos de hecho excluyendo esta última expresión del texto de la primera frase del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, o la palabra "normalmente" del texto del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha. Opinamos, por lo tanto, que la pauta de los seis meses no se aplica indiscriminadamente a todos los casos no urgentes, y que puede haber casos no urgentes en que sería razonable un plazo más corto, y otros en que el plazo debería ser de más de seis meses.

7.581 También coincidimos con los Estados Unidos en que un examen de si un plazo es prudencial en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe hacerse caso por caso. Por lo tanto, examinaremos las circunstancias de la adopción del artículo 907(a)(1)(A) para decidir si los Estados Unidos satisficieron la obligación de prever un "plazo prudencial" entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A), establecida en el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

⁹⁵⁴ *Oxford English Dictionary Online*, consultado el 25 de mayo de 2011.

⁹⁵⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 300.

⁹⁵⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 301.

⁹⁵⁷ *New Oxford English Dictionary*, volumen 2, página 2496 (1993) (Estados Unidos - Prueba documental 82).

⁹⁵⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 301.

En particular, consideraremos si, teniendo en cuenta las circunstancias del presente asunto, el período de tres meses previsto por los Estados Unidos entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) fue suficiente para constituir un plazo prudencial en el sentido del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, o si los Estados Unidos deberían haber previsto al menos seis meses entre ambas fechas. Sin embargo, por las razones ya explicadas *supra*, si bien nuestro examen ha de atender a las circunstancias y hechos específicos de este caso, nos orientaremos por la norma general establecida en la Decisión Ministerial de Doha.

7.582 El texto del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* nos ofrece algunas indicaciones en cuanto a lo que ha de examinarse en un determinado caso. En efecto, en esa disposición se explica que la razón de prever un plazo prudencial entre la publicación y la entrada en vigor de un reglamento técnico es dar tiempo a los productores de los Miembros exportadores, y en especial de los países en desarrollo Miembros, para adaptar sus productos o sus métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador. Por lo tanto, el Grupo Especial puede examinar si el período de tres meses previsto por los Estados Unidos entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) dio a Indonesia tiempo para que sus productores adaptaran sus productos o métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador.

7.583 Los Estados Unidos aducen que Indonesia no ha aportado ninguna prueba que indique que la diferencia entre un período de tres meses y un período de seis meses tuviera algún efecto en la capacidad de los productores indonesios de "adaptar sus productos o métodos de producción a las prescripciones del Miembro importador". Según afirman los Estados Unidos, los productores indonesios han podido y pueden comercializar cigarrillos aromatizados con tabaco y aromatizados con mentol en el mercado estadounidense. Sin embargo, hasta donde saben los Estados Unidos, los productores indonesios, incluso después de transcurridos 16 meses desde la promulgación de la FSPTCA, no han ajustado sus líneas de productos para producir cigarrillos aromatizados con tabaco o con mentol. Por lo tanto, aducen los Estados Unidos, que los Estados Unidos esperaran tres o seis meses tras la promulgación de la medida para permitir su entrada en vigor no parece haber afectado de ningún modo a los productores indonesios.⁹⁵⁹

7.584 En su examen de si Indonesia ha tenido tiempo suficiente para prepararse para la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor, el Grupo Especial observa que Indonesia ha participado en el proceso legislativo estadounidense que dio lugar a la adopción del artículo 907(a)(1)(A) y que, por lo tanto, tenía conocimiento de que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor estaba próxima. A este respecto, Indonesia nos dice que en múltiples ocasiones comunicó sus preocupaciones a la Casa Blanca y la Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales ("USTR").⁹⁶⁰ Por ejemplo, el 15 de mayo de 2009, en las reuniones bilaterales a nivel ministerial celebradas en Washington, D.C., Indonesia comunicó a la USTR sus preocupaciones por la discriminación contra los cigarrillos de clavo de olor que entrañaba la Ley. Cuando la Cámara de Representantes de los Estados Unidos examinó por primera vez la legislación, en julio de 2008⁹⁶¹, el entonces Secretario de Salud y Servicios Sociales, Mike Leavitt, envió una carta al Vicepresidente del Comité Nacional de Energía y Comercio, Joe Barton, en la que manifestaba sus preocupaciones por la legislación en la forma en que estaba redactada. Entre las preocupaciones planteadas por el Secretario Leavitt figuraba la siguiente:

⁹⁵⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 303.

⁹⁶⁰ Véanse la carta dirigida por la Excm. Sra. Mari Pangestu, Ministra de Comercio de Indonesia, al Embajador Ron Kirk, Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, 3 de julio de 2009; la carta dirigida por el Excmo. Sr. Sudjadnan Parnohadiningrat, Embajador de Indonesia en los Estados Unidos, a Harry Reid, jefe del grupo mayoritario en el Senado de los Estados Unidos, el 8 de abril de 2009; y la carta de la Excm. Sra. Mari Pangestu, Ministra de Comercio de Indonesia, a la Embajadora Susan C. Schwab, 28 de agosto de 2007 (Indonesia - Prueba documental 15).

⁹⁶¹ Es decir, más de un año antes de la adopción de la FSPTCA, que fue firmada el 22 de junio de 2009.

"Nuestros interlocutores comerciales creen que, al prohibir la venta de cigarrillos de clavo de olor pero no la de cigarrillos mentolados, el proyecto de ley suscita interrogantes en relación con las obligaciones comerciales internacionales de los Estados Unidos. El Gobierno de Indonesia se ha opuesto repetidamente al proyecto de ley por el motivo de que ese tratamiento dispar es injustificado e incompatible con las normas comerciales de la OMC. Por consiguiente, recomiendo que el Comité reexamine el texto pertinente a la luz de lo anterior para asegurarse de que el proyecto de ley sea compatible con las obligaciones comerciales de los Estados Unidos."⁹⁶²

7.585 Puede aducirse que, al tener una participación activa en el proceso legislativo, Indonesia había tenido aviso suficiente de la inminente adopción del artículo 907(a)(1)(A) a fin de preparar a la rama de producción nacional para la prohibición. En esa hipótesis, el hecho de que el plazo previsto por los Estados Unidos fuera de tres meses en lugar de seis no tendría consecuencias significativas. Sin embargo, esta cuestión puede enfocarse también desde un ángulo diferente, a saber, el de las expectativas generadas por la propia Decisión de Doha relativa a la aplicación. En efecto, como se ha expuesto *supra*, todos los Miembros, reunidos en Conferencia Ministerial, acordaron que el plazo prudencial sería normalmente, es decir, por regla general, de al menos seis meses. Indonesia, pese a haber participado en el proceso legislativo, podría razonablemente haber esperado disponer de al menos seis meses para ajustar su rama de producción nacional. Además, la participación activa de Indonesia en el proceso legislativo es un indicio firme de que consideraba que había cuando menos alguna posibilidad de excluir los cigarrillos de clavo de olor del ámbito de aplicación de la prohibición.

7.586 El texto del párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha también nos proporciona orientaciones útiles en cuanto a qué circunstancias examinar. Recordamos que la Decisión Ministerial de Doha indica que se entenderá que el plazo prudencial significa normalmente un período no inferior a seis meses, "salvo cuando de ese modo no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos".

7.587 A este respecto, Indonesia aduce que "ni la propia Ley ni ninguna otra declaración de los Estados Unidos indican que hacer que el [artículo 907(a)(1)(A)] entrara en vigor 90 días después de su firma fuera necesario para cumplir sus objetivos".⁹⁶³ Aduce además que los Estados Unidos conceden que el artículo 907(a)(1)(A) no hacía frente a un "problema urgente" en el sentido del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁹⁶⁴

7.588 Los Estados Unidos aducen que la FSPTCA "hace frente directamente a un problema grave, el consumo de tabaco entre los jóvenes", y que "el Congreso tenía intención de limitar ese comportamiento tanto como fuera posible".⁹⁶⁵

7.589 Recordamos la larga historia legislativa de la FSPTCA. Recordamos también que hemos constatado que, a falta de pruebas o argumentos de que se planteasen o amenazaran plantearse problemas urgentes de sanidad, entre otros, en el momento de la adopción del artículo 907(a)(1)(A), esas circunstancias urgentes no estaban presentes.⁹⁶⁶

⁹⁶² Carta dirigida por el Secretario del HHS, Mike Leavitt, al miembro del Congreso, Joe Barton, 21 de julio de 2008 (Indonesia - Prueba documental 16) página 2. Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 24. Examinamos con más detalle *infra*, en el contexto del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, la participación de Indonesia en el proceso legislativo estadounidense y las respuestas de figuras destacadas del Gobierno de los Estados Unidos a esa participación.

⁹⁶³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 145.

⁹⁶⁴ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 151.

⁹⁶⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 302.

⁹⁶⁶ Véase la sección VII.I.2 c).

7.590 Observamos también que no se discute que, en el momento de la prohibición, los cigarrillos de clavo de olor ya se habían vendido en los Estados Unidos durante aproximadamente 40 años, y que, como mínimo en los 10 años que precedieron a la prohibición, tuvieron una cuota de mercado constante. Por otro lado, los demás cigarrillos aromatizados prohibidos por el artículo 907(a)(1)(A) habían sido introducidos en el mercado estadounidense varios años antes de la prohibición y no tenían una cuota de mercado considerable en el momento de la prohibición.

7.591 Los Estados Unidos aducen que Indonesia no ha satisfecho la carga que le incumbe de demostrar que el período de tres meses previsto por los Estados Unidos no es prudencial, porque no explicó por qué el hecho de demorar seis meses la fecha de entrada en vigor sería compatible con los objetivos de la medida.⁹⁶⁷ No estamos de acuerdo. Recordamos que en *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana* el Órgano de Apelación constató que "la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción".⁹⁶⁸ Recordamos también que "la acreditación *prima facie* es aquella que requiere, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, que el Grupo Especial, como cuestión de derecho, se pronuncie en favor del reclamante que efectúe la acreditación *prima facie*".⁹⁶⁹

7.592 Consideramos que Indonesia ha acreditado *prima facie* que prever al menos seis meses entre la fecha de publicación del artículo 907(a)(1)(A) y su fecha de entrada en vigor no haría que dejara de ser factible el cumplimiento del objetivo perseguido por el artículo 907(a)(1)(A). Por lo tanto, recaía sobre los Estados Unidos la carga de demostrar por qué el plazo entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) debe considerarse fuera de la regla general y, por consiguiente, por qué tuvo que ser inferior al período "normal" "no inferior a seis meses". Los Estados Unidos no han formulado ninguna argumentación ni presentado pruebas a este respecto.

7.593 No estamos convencidos, por lo tanto, de que demorar la prohibición seis meses, en lugar del período de tres meses previsto en el artículo 907(a)(1)(A), hubiera hecho que dejara de ser factible el cumplimiento del objetivo perseguido por los Estados Unidos. Los Estados Unidos no han explicado al Grupo Especial por qué estimaron que prever un plazo de 90 días/tres meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A) no hacía que dejara de ser factible el cumplimiento del objetivo perseguido por el artículo 907(a)(1)(A), mientras que un plazo de seis meses sí lo hubiera hecho. Los Estados Unidos tampoco han explicado por qué seis meses hacía que dejara de ser factible, habida cuenta de que el Gobierno de los Estados Unidos no había estimado necesario notificar el artículo 907(a)(1)(A) como medida urgente, de conformidad con el párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.594 No estamos diciendo que la carga de la prueba en una alegación al amparo del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* recaiga sobre el demandado.⁹⁷⁰ La carga de la prueba incumbe a Indonesia. Lo que decimos es que Indonesia ha persuadido al Grupo Especial de que, a la luz del párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y el párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha, un plazo inferior a seis meses no era prudencial en las circunstancias del presente asunto, y que los Estados Unidos no han refutado esa presunción.

⁹⁶⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 302.

⁹⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 15.

⁹⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 104. Confirmado por el Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 98 y 136; y en *Japón - Manzanas*, párrafo 159.

⁹⁷⁰ Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafos 274, 275 y 282.

c) Conclusión

7.595 El Grupo Especial constata que, al no prever un plazo de al menos seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A), los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

L. LA CUESTIÓN DE SI LOS ESTADOS UNIDOS HAN ACTUADO DE MANERA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 12 DEL *ACUERDO OTC*

1. Argumentos de las partes

7.596 **Indonesia** alega que el artículo 907(a)(1)(A) infringe el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* porque la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor creó un obstáculo innecesario para las exportaciones de un país en desarrollo. Sostiene que ya ha demostrado en el marco de su alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor creó un obstáculo innecesario para las exportaciones de Indonesia.⁹⁷¹ Aduce que, dado que la venta de cigarrillos de clavo de olor en los Estados Unidos estaba compuesta principalmente de importaciones procedentes de Indonesia, los Estados Unidos estaban obligados a tener en cuenta las necesidades especiales en materia de desarrollo y comercio de Indonesia, que es un país en desarrollo Miembro.⁹⁷² La fabricación de cigarrillos y el cultivo de tabaco dan empleo directa o indirectamente a no menos de 6 millones de indonesios.⁹⁷³ Indonesia afirma que manifestó en varias ocasiones a los Estados Unidos sus preocupaciones por el efecto que la prohibición tendría en su comercio, en el marco de conversaciones bilaterales celebradas en agosto de 2009, en las preguntas de Indonesia concernientes a la justificación del artículo 907(a)(1)(A) que se distribuyeron en el documento G/TBT/W/32 y en declaraciones formuladas en la reunión del Comité OTC celebrada en noviembre de 2009.⁹⁷⁴ Indonesia afirma que los Estados Unidos hicieron caso omiso de las preocupaciones reiteradamente expuestas por Indonesia, y nunca ofrecieron ninguna justificación de la medida ni explicaron a Indonesia cómo habían cumplido las obligaciones que les impone el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, a la luz del efecto significativo que el artículo 907(a)(1)(A) tendría en el comercio y el desarrollo de Indonesia.⁹⁷⁵

7.597 Indonesia sostiene que no puede afirmarse que los Estados Unidos han cumplido la obligación que les impone el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* meramente permitiendo que Indonesia hiciera observaciones sobre el artículo 907(a)(1)(A) y meramente escuchando esas observaciones.⁹⁷⁶ Añade que el párrafo 9.4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* ya garantiza ese derecho y que, por lo tanto, la interpretación que hacen los Estados Unidos del párrafo 3 del artículo 12 privaría de razón de ser a esa disposición.⁹⁷⁷ A juicio de Indonesia, el párrafo 3 del artículo 12 exige que los Miembros "hagan

⁹⁷¹ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 147.

⁹⁷² Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 147.

⁹⁷³ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 5; y respuesta de Indonesia a la pregunta 114 del Grupo Especial, párrafos 68-70.

⁹⁷⁴ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 147; respuesta de Indonesia a la pregunta 76 del Grupo Especial, párrafo 151; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 154.

⁹⁷⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 147.

⁹⁷⁶ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 184-186.

⁹⁷⁷ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 185; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 156 y 157; y observaciones de Indonesia sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Grupo Especial, párrafo 74.

algo".⁹⁷⁸ Indonesia sostiene que los Estados Unidos no pueden señalar ningún punto de la Ley o de su historia legislativa en que el Congreso mencionara siquiera la expresión "país en desarrollo".⁹⁷⁹

7.598 Indonesia sostiene que el Grupo Especial debe actuar con gran cautela antes de trasponer cualquier aspecto del razonamiento del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* a la interpretación del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, dado que, a juicio de Indonesia, el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* difiere del párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo MSF* en que el primero "prescribe un resultado concreto que debe alcanzarse".⁹⁸⁰ Con todo, Indonesia cree que varios aspectos del informe del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* son útiles para comprender y esclarecer el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* en la presente diferencia.⁹⁸¹ Entre otras cosas, al parecer Indonesia comparte la interpretación que hace ese Grupo Especial de la expresión "tener en cuenta", y recuerda que dicho Grupo Especial declaró que "tener en cuenta" implica "considerar junto con otros factores antes de adoptar una decisión".⁹⁸²

7.599 Indonesia aclara que no afirma que la última parte del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* enuncia una prohibición jurídica independiente respecto de la creación de obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros.⁹⁸³ Sostiene que, aunque un país en desarrollo que invoque el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* no tiene que probar, para activar la protección de esa disposición, que comunicó sus necesidades especiales en materia de desarrollo, financieras y comerciales al país desarrollado Miembro que promulga un reglamento técnico⁹⁸⁴, de hecho Indonesia lo hizo en varias ocasiones.⁹⁸⁵ Afirma que no es necesario que el Grupo Especial especule sobre el tipo de pruebas que sería suficiente para establecer que un Miembro que aplica un reglamento técnico cumplió la obligación de "tener en cuenta" las necesidades especiales de los países en desarrollo; lejos de ello, lo que hicieron los Estados Unidos es evidente, y la única pregunta es si esos actos satisficieron las prescripciones del párrafo 3 del artículo 12.⁹⁸⁶

7.600 En respuesta a la pregunta de los Estados Unidos sobre si Indonesia es un "país en desarrollo", Indonesia observa que el Banco Mundial clasifica a Indonesia como país en desarrollo, que la condición de país en desarrollo Miembro de la OMC de Indonesia fue reconocida en *Indonesia - Automóviles*, y que, además, Indonesia es miembro del G-33 de países en desarrollo Miembros de la OMC.⁹⁸⁷

7.601 Indonesia sostiene que no hay en el texto del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* nada que implique que las necesidades de los países en desarrollo tengan que ser "específicas" de los países en desarrollo, sino que esa disposición indica que las "necesidades [...] que en materia de desarrollo,

⁹⁷⁸ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 184-186.

⁹⁷⁹ Declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 187.

⁹⁸⁰ Respuesta de Indonesia a la pregunta 73 del Grupo Especial, párrafo 145; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 153.

⁹⁸¹ Respuesta de Indonesia a la pregunta 73 del Grupo Especial, párrafo 146.

⁹⁸² Segunda comunicación escrita de Indonesia, nota 276 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1620).

⁹⁸³ Respuesta de Indonesia a la pregunta 74 del Grupo Especial, párrafo 147.

⁹⁸⁴ Respuesta de Indonesia a la pregunta 75 del Grupo Especial, párrafos 148-150; segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 153.

⁹⁸⁵ Respuesta de Indonesia a la pregunta 76 del Grupo Especial, párrafo 151; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 154.

⁹⁸⁶ Respuesta de Indonesia a la pregunta 77 del Grupo Especial, párrafos 152 y 153; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 155.

⁹⁸⁷ Segunda comunicación escrita de Indonesia, nota 277.

finanzas y comercio tengan los países en desarrollo Miembros" son las necesidades "especiales" de los países en desarrollo que han de tenerse en cuenta.⁹⁸⁸

7.602 Los **Estados Unidos** sostienen que Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaran de forma incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*. Aducen que para establecer una infracción del párrafo 3 del artículo 12 la parte reclamante ha de demostrar lo siguiente: a) que es un país en desarrollo; b) que el otro Miembro no tuvo en cuenta sus necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas o comercio en la elaboración y aplicación de un reglamento técnico; y c) que el Miembro no tuvo en cuenta esas necesidades a fin de asegurarse de que el reglamento técnico no cree obstáculos innecesarios para las exportaciones.⁹⁸⁹

7.603 Los Estados Unidos sostienen que, aun suponiendo, *a efectos de argumentación*, que Indonesia es un país en desarrollo, Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos no tuvieran en cuenta una o varias necesidades especiales de Indonesia al promulgar la ley. Por el contrario, en los cinco años transcurridos desde la introducción del primer proyecto de ley para su debate en la Cámara de Representantes en 2004 hasta su promulgación en 2009, Indonesia tuvo amplia oportunidad para dar a conocer sus opiniones tanto en el Congreso como al Ejecutivo y, de hecho, las dio a conocer. Los Estados Unidos recuerdan que Indonesia tuvo numerosas comunicaciones con el Congreso y el Ejecutivo, por lo que los Estados Unidos conocían bien la opinión de Indonesia. Los Estados Unidos sostienen que, al dar a Indonesia la oportunidad de hacer observaciones sobre versiones anteriores de la legislación, así como sobre la versión que efectivamente se promulgó como norma del ordenamiento jurídico estadounidense, los Estados Unidos cumplieron las obligaciones que les impone el párrafo 3 del artículo 12.⁹⁹⁰

7.604 Los Estados Unidos aducen además que el párrafo 3 del artículo 12 no requiere que el país desarrollado Miembro acepte todas las recomendaciones que presente el país en desarrollo Miembro, y que el hecho de que el Congreso decidiera valorar la salud pública por encima de los intereses de los fabricantes de cigarrillos, tanto nacionales como extranjeros, no implica que los Estados Unidos hayan actuado de forma incompatible con el párrafo 3 del artículo 12.⁹⁹¹

7.605 Los Estados Unidos sostienen que Indonesia no ha establecido que el artículo 907(a)(1)(A) crea un obstáculo innecesario para las exportaciones, por las razones que se expusieron en relación con la alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁹⁹²

7.606 Los Estados Unidos sostienen que, en razón de las similitudes entre las disposiciones, el párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo MSF* constituye un contexto pertinente para la interpretación del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, y que informes anteriores de la OMC en los que se examina el significado del párrafo 1 del artículo 10, como el informe del Grupo Especial encargado del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, pueden ser instructivos para el Grupo Especial en la presente diferencia.⁹⁹³

⁹⁸⁸ Respuesta de Indonesia a la pregunta 113 del Grupo Especial, párrafos 66 y 67.

⁹⁸⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 307.

⁹⁹⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 308; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 109.

⁹⁹¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 309; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 77 del Grupo Especial, párrafo 158; declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 109; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Grupo Especial, párrafo 118.

⁹⁹² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 310.

⁹⁹³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 74 del Grupo Especial, párrafo 152; y declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 109.

7.607 Además, los Estados Unidos aducen que Indonesia no ha identificado "necesidades especiales [...] en materia de desarrollo, finanzas [o] comercio" específicas de un país en desarrollo que Indonesia tuviera y que los Estados Unidos no hayan tenido en cuenta.⁹⁹⁴ En la medida en que Indonesia aduzca que la medida acarrea riesgo de desempleo, el riesgo de desempleo no puede ser una "necesidad especial", ya que la tasa de desempleo de los ciudadanos preocupa a todo gobierno.⁹⁹⁵ Además, Indonesia no ha aportado ninguna prueba fiable de que el artículo 907(a)(1)(A) haya tenido alguna repercusión en el empleo en Indonesia, y mucho menos "el grave efecto desfavorable" que Indonesia menciona repetidamente.⁹⁹⁶ A juicio de los Estados Unidos, la interpretación que hace Indonesia del párrafo 3 del artículo 12 excluiría del texto el término "especial".⁹⁹⁷

7.608 En cuanto al criterio jurídico en cuestión, los Estados Unidos sostienen que no basta con que Indonesia diga simplemente que es necesario "algo" más de que lo que los Estados Unidos han hecho, sin explicar qué es exactamente ese "algo" más.⁹⁹⁸

7.609 Por último, la tesis de los Estados Unidos no torna el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* redundante con respecto al párrafo 9.4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, como Indonesia alega. El párrafo 9.4 del artículo 2 podría proporcionar, en algunos casos, un mecanismo para el diálogo sobre las "necesidades especiales" a las que hace referencia el párrafo 3 del artículo 12. La obligación del párrafo 9.4 del artículo 2 es sólo una en el conjunto de las obligaciones que se establecen en el párrafo 9 del artículo 2. Si se satisfacen las condiciones previstas en el preámbulo del párrafo 9 del artículo 2, se activan los mecanismos de transparencia descritos en el párrafo 9 del artículo 2. El párrafo 3 del artículo 12 no está sujeto a una condición de esa índole, y en él no se especifica un determinado mecanismo para facilitar las comunicaciones. Desde este punto de vista, el párrafo 3 del artículo 12 establece una obligación más amplia que la prevista en el párrafo 9.4 del artículo 2. El hecho de que en algunas circunstancias pueda satisfacerse el párrafo 3 del artículo 12 satisfaciendo el párrafo 9.4 del artículo 2 no significa que el párrafo 3 del artículo 12 sea superfluo.⁹⁹⁹

2. Análisis realizado por el Grupo Especial

a) Introducción

7.610 La cuestión sometida al Grupo Especial es si los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* al no tener en cuenta las necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio de Indonesia, un país en desarrollo Miembro.

⁹⁹⁴ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 75 y 77 del Grupo Especial, párrafos 155 y 157.

⁹⁹⁵ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 107.

⁹⁹⁶ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 108; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 114 del Grupo Especial, párrafo 78.

⁹⁹⁷ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 113 del Grupo Especial, párrafo 73.

⁹⁹⁸ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 106; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Grupo Especial, párrafo 118.

⁹⁹⁹ Declaración oral de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafo 110; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 112 del Grupo Especial, párrafo 117; y observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 113 del Grupo Especial, párrafo 75.

b) La disposición jurídica en cuestión

7.611 Observamos que el artículo 12 del *Acuerdo OTC* se titula "Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo Miembros". El párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* dispone lo siguiente:

"Los Miembros, cuando preparen o apliquen reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad, tendrán en cuenta las necesidades especiales que en materia de desarrollo, finanzas y comercio tengan los países en desarrollo Miembros, con el fin de asegurarse de que dichos reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la determinación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros."

7.612 En el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Grupo Especial observó que "el párrafo 3 del artículo 12 exige que, cuando preparen o apliquen reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad, los Miembros tengan en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros".¹⁰⁰⁰ Ese Grupo Especial observó también que "el párrafo 3 del artículo 12 constituye una aplicación específica de la obligación prevista en el párrafo 2 del mismo artículo de tener en cuenta las necesidades de los países en desarrollo al aplicar el *Acuerdo OTC* en el plano internacional".¹⁰⁰¹

7.613 No hay, aparte de lo anterior, ninguna jurisprudencia sustancial en relación con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, y en ningún informe anterior del Órgano de Apelación o de un grupo especial se aborda la cuestión de qué criterio jurídico debe aplicarse para establecer la existencia de una infracción del párrafo 3 del artículo 12.

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

7.614 El Grupo Especial observa que determinados elementos de la solicitud de establecimiento de un grupo especial y de comunicaciones posteriores presentadas por Indonesia indican que, a juicio de Indonesia, la pregunta pertinente en el marco del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* es si la medida "creó un obstáculo innecesario para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros".¹⁰⁰² En la medida en que Indonesia esté aduciendo que el párrafo 3 del artículo 12 incorpora una prohibición de la creación de obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo, el Grupo Especial no puede suscribir esa tesis. A nuestro entender, el párrafo 3 del artículo 12 establece la obligación de "tener en cuenta" las necesidades especiales que en materia

¹⁰⁰⁰ Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.47, inciso 75.

¹⁰⁰¹ Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.47, inciso 77.

¹⁰⁰² Observamos que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se declara que la medida en litigio, es decir, el artículo 907(a)(1)(A), es incompatible con "el párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC, porque la prohibición creó un obstáculo innecesario para las exportaciones de los países en desarrollo". Documento WT/DS406/2, página 2. En toda su primera comunicación escrita, Indonesia afirma que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 porque crea un obstáculo innecesario para las exportaciones de Indonesia. Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 12, sección V.I 8 (titulada "La norma especial infringe el párrafo 3 del artículo 12 del Acuerdo OTC porque la prohibición creó un obstáculo innecesario para las exportaciones de un país en desarrollo"), y párrafo 147.

No obstante en otros lugares Indonesia parece estar de acuerdo en que la pregunta pertinente en el marco del párrafo 3 del artículo 12 es si el Miembro de que se trata "t[uvo] en cuenta" o no las necesidades de los países en desarrollo Miembros. Véase, por ejemplo, la respuesta de Indonesia a la pregunta 74 del Grupo Especial, párrafo 147.

de desarrollo, finanzas y comercio tengan los países en desarrollo Miembros. Entendemos que la última parte de la frase del párrafo 3 del artículo 12 ofrece orientación acerca de *cómo* y *por qué* el Miembro que prepara o aplica el reglamento técnico debe "tener en cuenta" esas necesidades especiales, a saber, "*with a view to*" ("con el fin de") asegurarse de que dichos reglamentos técnicos no creen obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros.

7.615 A nuestro juicio, esta interpretación se sigue naturalmente del claro texto del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*. Nos resulta difícil interpretar que una disposición estructurada en los términos del párrafo 3 del artículo 12 -es decir, estructurada con la forma "los Miembros tendrán en cuenta ..., con el fin de ..." - signifique que las palabras que siguen a "con el fin de ..." establezcan una obligación añadida, o un elemento de una alegación distinto. Las versiones española y francesa del párrafo 3 del artículo 12 están redactadas de la misma forma que la versión inglesa¹⁰⁰³, lo que confirma la opinión de que la primera parte del párrafo 3 del artículo 12 establece una obligación de "tener en cuenta" las necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio de los países en desarrollo Miembros, mientras que la última parte de la frase del párrafo 3 del artículo 12 simplemente proporciona orientación sobre *cómo* y *por qué* el Miembro que prepara o aplica el reglamento técnico debe "tener en cuenta" esas necesidades especiales.

7.616 También encontramos apoyo para nuestra interpretación del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* al leer esa disposición en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Esta última disposición, que prohíbe claramente a los Miembros adoptar reglamentos técnicos que creen obstáculos innecesarios al comercio, tiene una redacción y una estructura diferentes de la obligación que establece el párrafo 3 del artículo 12. Además, no resulta claro qué objeto o fin podría tener reiterar en el párrafo 3 del artículo 12 la obligación ya recogida en el párrafo 2 del artículo 2. Cualquier medida englobada en una obligación en el marco del párrafo 3 del artículo 12 de asegurarse de que los reglamentos técnicos "no creen obstáculos innecesarios para las importaciones de los países en desarrollo Miembros" estaría ya englobada y subsumida en la obligación enunciada en el párrafo 2 del artículo 2 de asegurarse de que los reglamentos técnicos no creen "obstáculos innecesarios al comercio internacional" (tal como se definen en la segunda frase de esta última disposición). En consecuencia, si se leyera el párrafo 3 del artículo 12 en el sentido de que incluye esa obligación, parecería que es redundante y superflua a la luz del párrafo 2 del artículo 2.

7.617 Por estas razones, no interpretamos el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* en el sentido de que establece una obligación de no crear "obstáculos innecesarios a las exportaciones de los países en desarrollo Miembros". En contra de lo afirmado en algunos argumentos de Indonesia, esa disposición, a nuestro juicio, "no prescribe un resultado concreto que deba alcanzarse".¹⁰⁰⁴ Antes bien, interpretamos el párrafo 3 del artículo 12 como una obligación de "tener en cuenta" las necesidades especiales de los países en desarrollo. Esto significa que el objeto y el alcance de la indagación en el marco del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* difieren significativamente de aquellos en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y el hecho de constatar que una

¹⁰⁰³ El texto de las versiones francesa e inglesa del párrafo 3 del artículo 12 es el siguiente:
"*Dans l'élaboration et l'application des règlements techniques, des normes et des procédures d'évaluation de la conformité, les Membres tiendront compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres, pour faire en sorte que ces règlements techniques, normes et procédures d'évaluation de la conformité ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres.*"

"*Members shall, in the preparation and application of technical regulations, standards and conformity assessment procedures, take account of the special development, financial and trade needs of developing country Members, with a view to ensuring that such technical regulations, standards and conformity assessment procedures do not create unnecessary obstacles to exports from developing country Members.*"

¹⁰⁰⁴ Segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafo 153.

medida es compatible (o incompatible) con el párrafo 2 del artículo 2 no responde a la pregunta de si esa medida es incompatible con el párrafo 3 del artículo 12. Por lo tanto, cuando un grupo especial constata que un Miembro ha adoptado un reglamento técnico que *es* más restrictivo del comercio de lo necesario para cumplir un objetivo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2, esa constatación no prueba que el Miembro *no* haya tenido en cuenta las necesidades del país en desarrollo en la preparación y aplicación de esa medida. Y a la inversa, cuando un grupo especial constata que un Miembro ha adoptado un reglamento técnico que *no* es más restrictivo del comercio de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, ello no prueba que el Miembro haya tenido en cuenta las necesidades del país en desarrollo al preparar y aplicar esa medida.

7.618 Por supuesto, incluso si el Grupo Especial supusiera, a efectos de argumentación, que el párrafo 3 del artículo 12 prohíbe la adopción de reglamentos técnicos que crean obstáculos innecesarios para las exportaciones de países en desarrollo, el Grupo Especial ya ha constatado que el artículo 907(a)(1)(A) no restringe el comercio más de lo necesario para cumplir un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.¹⁰⁰⁵ Si el párrafo 3 del artículo 12 exigiera el mismo análisis que el párrafo 2 del artículo 2, la referida constatación se aplicaría igualmente en el contexto del párrafo 3 del artículo 12.

7.619 Continuaremos, por lo tanto, nuestro análisis de los elementos que Indonesia ha de demostrar para probar que los Estados Unidos han infringido el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* al no tener en cuenta las necesidades especiales de Indonesia en tanto que país en desarrollo.

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

7.620 Entendemos que, conforme a la redacción del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, deben demostrarse tres elementos para establecer la existencia de una infracción de la obligación que esa disposición enuncia. En particular, el Grupo Especial considera que Indonesia debe demostrar lo siguiente:

- a) que Indonesia es un "país en desarrollo";
- b) que Indonesia tiene "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" que resultan afectadas por el artículo 907(a)(1)(A); y
- c) que los Estados Unidos no "tuvieron en cuenta" las necesidades especiales de Indonesia en materia de finanzas, desarrollo y comercio.

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

7.621 Como se ha explicado *supra*, el primer elemento que debe demostrarse es que Indonesia es un "país en desarrollo".

7.622 En su primera comunicación escrita, los Estados Unidos afirman de manera general que Indonesia no ha satisfecho la carga de la prueba en relación con ninguno de los elementos del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, pero que, al responder a la alegación formulada al amparo del párrafo 3 del artículo 12, supondrán, a efectos de argumentación, que Indonesia es un país en desarrollo.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁵ Véase la sección VII.F.2 e), *supra*.

¹⁰⁰⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 308.

7.623 Indonesia afirma que es un país en desarrollo¹⁰⁰⁷ y aduce, entre otras cosas, que el Banco Mundial la clasifica como tal, y que su condición de país en desarrollo Miembro de la OMC fue reconocida en el asunto *Indonesia - Automóviles*.¹⁰⁰⁸

7.624 El Grupo Especial opina que lo anterior es más que suficiente para concluir que Indonesia es un "país en desarrollo". Por lo tanto, constatamos que se satisface el primer elemento de una alegación al amparo del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*.

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

7.625 La siguiente cuestión que se plantea al Grupo Especial es si Indonesia tiene "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" que resultan afectadas por el artículo 907(a)(1)(A).

7.626 Los Estados Unidos sostienen que Indonesia nunca ha identificado necesidades "que sean específicas de los países en desarrollo (en tanto que distintos de los países en desarrollo)".¹⁰⁰⁹ Indonesia responde que no hay en el texto del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* nada que implique que las necesidades de los países en desarrollo tengan que ser específicas de éstos, sino que en esa disposición se indica que las necesidades especiales de los países en desarrollo que deben tenerse en cuenta son "necesidades en materia de desarrollo, finanzas y comercio".¹⁰¹⁰ A juicio de los Estados Unidos, la interpretación que hace Indonesia del párrafo 3 del artículo 12 excluiría del texto el término "especiales".¹⁰¹¹

7.627 Comenzamos por observar que el significado de la expresión "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" no resulta enteramente clara. De hecho, parece ser deliberadamente vaga. El Grupo Especial observa que se encuentran expresiones similares en otros Acuerdos e instrumentos de la OMC. Por ejemplo, en *CE - Preferencias arancelarias*, el Órgano de Apelación examinó el significado de la expresión "necesidades de desarrollo, financieras y comerciales" en el contexto del párrafo 3 c) de la Cláusula de Habilitación.¹⁰¹² En el asunto *Brasil - Aeronaves*, el Grupo Especial tuvo que examinar la expresión "necesidades de desarrollo" en el contexto del párrafo 4 del artículo 27 del *Acuerdo SMC*.¹⁰¹³ Ese Grupo Especial hizo la interesante observación de que: "un examen con respecto a si las subvenciones a la exportación no están en consonancia con las necesidades de desarrollo de un país Miembro es una investigación de carácter particularmente económico y político, y en particular no se presta al examen que debe realizar un grupo especial, cuya función es fundamentalmente jurídica".¹⁰¹⁴

7.628 Sea cual sea el significado exacto de la expresión "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio", el Grupo Especial considera que Indonesia satisface el requisito de ser un país en desarrollo que tiene "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" que resultan afectadas por la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. A este

¹⁰⁰⁷ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafos 12 y 147; declaración oral de Indonesia en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 20, 22 y 178; y segunda comunicación escrita de Indonesia, párrafos 90 y 154.

¹⁰⁰⁸ Segunda comunicación escrita de Indonesia, nota 277 (donde se cita la Prueba documental 89 presentada por Indonesia).

¹⁰⁰⁹ Respuesta de los Estados Unidos a las preguntas 74 y 77 del Grupo Especial, párrafos 154 y 157.

¹⁰¹⁰ Respuesta de Indonesia a la pregunta 113 del Grupo Especial, párrafos 66 y 67.

¹⁰¹¹ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de Indonesia a la pregunta 113 del Grupo Especial, párrafo 73.

¹⁰¹² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafo 159.

¹⁰¹³ Informe del Grupo Especial, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 7.89.

¹⁰¹⁴ Informe del Grupo Especial, *Brasil - Aeronaves*, párrafo 7.89.

respecto, el Grupo Especial observa que Indonesia explicó "la importancia que tienen los cigarrillos de clavo de olor para su economía y para su población".¹⁰¹⁵ Más concretamente, los cigarrillos de clavo de olor se han producido en Indonesia desde hace más de un siglo; se calcula que la fabricación de cigarrillos y el cultivo de tabaco da empleo directa o indirectamente a no menos de 6 millones de indonesios; la industria fabricante de cigarrillos, incluidos los cigarrillos de clavo de olor, representa aproximadamente el 1,66 por ciento del producto interior bruto ("PIB") total de Indonesia; e Indonesia ha exportado cigarrillos de clavo de olor a los Estados Unidos durante bastante más de 40 años.¹⁰¹⁶ Tampoco se discute que, a consecuencia de la prohibición, las importaciones de cigarrillos de clavo de olor producidos en Indonesia se han reducido de aproximadamente 15 millones de dólares EE.UU. en 2008 a 0 en 2010.¹⁰¹⁷

7.629 Consideramos que lo anterior es suficiente para concluir que Indonesia tiene "necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio" que resultan afectadas por el reglamento técnico en litigio. Por lo tanto, constatamos que se satisface el segundo elemento del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*.

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

7.630 Esto lleva al Grupo Especial al tercer y último elemento que debe demostrarse para establecer la existencia de una infracción del párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*, a saber, si los Estados Unidos no "tuvieron en cuenta" esas necesidades especiales en materia de finanzas, desarrollo y comercio. Comenzaremos exponiendo algunas observaciones generales sobre la obligación de "tener en cuenta" las necesidades especiales de un país en desarrollo, establecida en el párrafo 3 del artículo 12. Seguidamente examinaremos las pruebas de que dispone el Grupo Especial para determinar si los Estados Unidos no tuvieron en cuenta las necesidades especiales de Indonesia en relación con el artículo 907(a)(1)(A).

7.631 Observamos que no hay jurisprudencia en la que se examine la índole de la obligación de "tener en cuenta" las necesidades especiales de los países en desarrollo, establecida en el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*. Con todo, el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* examinó una alegación presentada por la Argentina al amparo del párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo MSF*, que el Grupo Especial calificó de "disposición equivalente" al párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*.¹⁰¹⁸ El párrafo 1 del artículo 10 dispone lo siguiente:

"Al elaborar y aplicar las medidas sanitarias o fitosanitarias, los Miembros *tendrán en cuenta* las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros, y en particular las de los países menos adelantados Miembros." (sin cursivas en el original)

7.632 En el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Grupo Especial, que rechazó la alegación formulada por la Argentina al amparo del párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo MSF*, observó lo siguiente con respecto al significado de la expresión "tener en cuenta":

"... El diccionario define la expresión "*take account*" ("tener en cuenta") como "*consider along with other factors before reaching a decision*" ("considerar junto con

¹⁰¹⁵ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 6.

¹⁰¹⁶ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 5.

¹⁰¹⁷ Primera comunicación escrita de Indonesia, párrafo 40.

¹⁰¹⁸ Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, nota 1330.

otros factores antes de adoptar una decisión").¹⁰¹⁹ De conformidad con esto, el párrafo 1 del artículo 10 no prescribe un resultado concreto que deba alcanzarse. En especial, no dispone que el Miembro importador deba otorgar invariablemente un trato especial y diferenciado en los casos en que una medida haya dado lugar, o pueda dar lugar, a una disminución de las exportaciones de los países en desarrollo o a la mayor lentitud de su aumento."¹⁰²⁰

7.633 Ese Grupo Especial también constató que es a la parte reclamante a la que incumbe la carga de probar que el Miembro que adopta el reglamento técnico no "tuvo en cuenta" las necesidades del país en desarrollo.¹⁰²¹

7.634 Coincidimos con la interpretación que hace dicho Grupo Especial de la obligación de "tener en cuenta" las necesidades del país en desarrollo Miembro, y estamos de acuerdo con él en que es a la parte reclamante, en el presente asunto Indonesia, a la que incumbe la carga de la prueba.¹⁰²²

7.635 Las pruebas de que dispone el Grupo Especial en relación con esta cuestión consisten en una serie de cartas entre destacados miembros de los Gobiernos indonesio y estadounidense. Las examinaremos brevemente, en orden cronológico.

7.636 En una carta de fecha 28 de agosto de 2007, dirigida por la Ministra de Comercio de Indonesia al Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, consta lo siguiente:

"Este proyecto de ley contiene una disposición que, si se promulga en su redacción actual, discriminará de manera injustificable en contra de las exportaciones de cigarrillos de Indonesia, en favor de los cigarrillos estadounidenses de producción nacional competidores. *Tenemos entendido que el senador Kennedy, que ha sido partidario de abordar nuestras preocupaciones con una formulación legislativa apropiada, le ha escrito en relación con este asunto.*"¹⁰²³

7.637 En una carta de fecha 21 de julio de 2008, dirigida por el Secretario de Salud y Servicios Sociales al Vicepresidente del Comité de Energía y Comercio se explica lo que sigue:

"Hay una cuestión más en relación con el proyecto de ley que quisiera señalar a su atención. Nuestros interlocutores comerciales creen que, al prohibir la venta de cigarrillos de clavo de olor pero no la de cigarrillos mentolados, el proyecto de ley suscita interrogantes en el marco de las obligaciones comerciales internacionales de los Estados Unidos. El Gobierno de Indonesia se ha opuesto repetidamente al proyecto de ley por el motivo de que ese trato dispar está injustificado y es

¹⁰¹⁹ (nota del original) *The Concise Oxford Dictionary*, décima edición, J. Pearsall (editor) (Clarendon Press, 1999), página 8.

¹⁰²⁰ Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1620.

¹⁰²¹ Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafos 7.1622 y 7.1625.

¹⁰²² El Grupo Especial toma nota de que Colombia opina que, aunque la carga de la prueba incumbe a Indonesia en relación con este elemento de su alegación, es importante tener presente que el cumplimiento de las obligaciones que el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* impone a los Miembros sólo puede verificarse mediante información de la que dispone el Miembro obligado a cumplir esa disposición. Declaración oral de Colombia en calidad de tercero, párrafo 40.

¹⁰²³ Carta dirigida por la Excm. Sra. Mari Pangestu, Ministra de Comercio de Indonesia, a Susan C. Schwab, Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, de 28 de agosto de 2007 (Indonesia - Prueba documental 15) página 7 de 9 (sin cursivas en el original).

incompatible con las normas comerciales de la OMC. Por consiguiente, *recomiendo que el Comité [de Energía y Comercio] reexamine el texto pertinente a la luz de lo anterior para asegurarse de que el proyecto de ley sea compatible con las obligaciones comerciales de los Estados Unidos.*"¹⁰²⁴

7.638 En el expediente figura a continuación una carta de fecha 25 de julio de 2008, en la que el Presidente del Comité de Energía y Comercio escribe al Presidente de la Comisión de Medios y Arbitrios:

"Usted también ha manifestado preocupaciones en relación con la disposición del proyecto de ley por la que se prohíbe el uso de clavo de olor para crear un aroma característico en los cigarrillos. Tomo nota de sus preocupaciones y entiendo que la Comisión de Medios y Arbitrios tiene competencia sobre las prohibiciones a la importación, habida cuenta de los efectos en el comercio y en los ingresos aduaneros."¹⁰²⁵

7.639 El 30 de julio de 2008 la Oficina Ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos emitió una Declaración de la política de la Administración sobre la Resolución de la Cámara N° 1108 (Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia). En dicha Declaración se indica que "la Administración alberga graves preocupaciones en relación con la Resolución de la Cámara N° 1108"¹⁰²⁶, y se declara lo siguiente:

"Además, nuestros interlocutores comerciales pueden aducir que, al prohibir la venta de cigarrillos de clavo de olor pero no la de cigarrillos mentolados, el proyecto de ley suscita interrogantes en el marco de las obligaciones comerciales internacionales de los Estados Unidos."¹⁰²⁷

7.640 En una carta de fecha 16 de marzo de 2009, dirigida por el Presidente de la Comisión de Medios y Arbitrios al Presidente del Comité de Energía y Comercio se señala lo siguiente:

"La Comisión ha tomado nota de que la Resolución de la Cámara N° 1256 incluye una prohibición del uso de clavo de olor para crear un aroma característico en los cigarrillos. La Comisión de Medios y Arbitrios cree que esta disposición está comprendida en su ámbito de competencia, porque la mayoría de los cigarrillos con aroma de clavo de olor que se venden actualmente en los Estados Unidos son importados. Entiendo que usted reconoce nuestro interés jurisdiccional en esta cuestión, habida cuenta de sus efectos en el comercio y en los ingresos aduaneros. La Comisión de Medios y Arbitrios ha acordado abstenerse de intervenir en relación con este proyecto y no se opondrá a su debate, quedando entendido que ustedes están de

¹⁰²⁴ Carta dirigida por Mike Leavitt, Secretario de Salud y Servicios Sociales, a Joe Barton, Vicepresidente del Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes, 21 de julio de 2008 (Indonesia - Prueba documental 16) página 2 de 3 (sin cursivas en el original).

¹⁰²⁵ Carta dirigida por John Dingell, Presidente del Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes, a Charles B. Rangel, Presidente de la Comisión de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes, 25 de julio de 2008 (Indonesia - Prueba documental 18) página 2 de 2 (sin cursivas en el original).

¹⁰²⁶ Oficina Ejecutiva del Presidente, Oficina de Gestión y Presupuesto, Declaración de la política de la Administración sobre la Resolución de la Cámara N° 1108 - Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia, de 30 de julio de 2008 (Indonesia - Prueba documental 17) página 1 de 2.

¹⁰²⁷ Oficina Ejecutiva del Presidente, Oficina de Gestión y Presupuesto, Declaración de la política de la Administración sobre la Resolución de la Cámara N° 1108 - Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia, de 30 de julio de 2008 (Indonesia - Prueba documental 17) página 2 de 2 (sin cursivas en el original).

acuerdo en que, a medida que el proyecto de ley avance en el proceso legislativo, seguirán tratando con la Comisión de Medios y Arbitrios *las preocupaciones planteadas con respecto a la disposición relativa al clavo de olor.*"¹⁰²⁸

7.641 Ese mismo día, el Presidente del Comité de Energía y Comercio respondió:

*"Han manifestado ustedes preocupaciones en relación con la disposición del proyecto de ley que prohíbe el uso de clavo de olor para crear un aroma característico en los cigarrillos. Tomo nota de sus preocupaciones y entiendo que la Comisión de Medios y Arbitrios tiene competencia sobre las prohibiciones de importación por sus efectos en el comercio de importación y en los ingresos aduaneros. ... A medida que el proyecto de ley avance en el proceso legislativo, seguiremos tratando con la Comisión de Medios y Arbitrios las preocupaciones planteadas con respecto a las disposiciones sobre el clavo de olor. Conforme a su solicitud, incluiré copia de nuestra correspondencia sobre estos asuntos en las actas del Congreso."*¹⁰²⁹

7.642 En una carta de fecha 8 de abril de 2009, dirigida por el Embajador de Indonesia al jefe del grupo mayoritario en el Senado, se señaló de nuevo lo siguiente:

*"... que en la recomendación formulada por el Presidente Kennedy en relación con el proyecto de ley en 2007 figuraba un texto apropiado en que se daba a los cigarrillos de clavo de olor y a los cigarrillos mentolados trato de paridad, en consonancia con las obligaciones comerciales de larga data de los Estados Unidos. Lo instamos a que se ponga en contacto con la oficina del Senador Kennedy para alentarle a reintroducir ese texto en el proyecto de ley en el Senado."*¹⁰³⁰

7.643 Las pruebas de que dispone el Grupo Especial son, sin duda, fragmentarias e incompletas. Sin embargo, del expediente, en el estado en que se encuentra, se desprenden varias conclusiones ineludibles.

7.644 En primer lugar, Indonesia pudo comunicar sus preocupaciones a destacados representantes del Gobierno de los Estados Unidos en múltiples ocasiones, a lo largo de varios años. Esas comunicaciones consistieron en numerosas comunicaciones escritas, así como en reuniones de alto nivel con funcionarios estadounidenses.

7.645 Las pruebas muestran que destacados funcionarios del Gobierno estadounidense plantearon posteriormente las preocupaciones de Indonesia en varias ocasiones. De hecho, las comunicaciones entre destacados funcionarios estadounidenses presentadas por las partes demuestran que los Estados Unidos tuvieron en cuenta de manera activa las preocupaciones de Indonesia. Dicho de otra forma, las pruebas acreditan que los Estados Unidos "tuvieron en cuenta" las preocupaciones de Indonesia.

¹⁰²⁸ Carta dirigida por Charles B. Rangel, Presidente de la Comisión de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes, a Henry Waxman, Presidente del Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes, de 16 de marzo de 2009 (Estados Unidos - Prueba documental 67) páginas 28-29 de 52 (sin cursivas en el original).

¹⁰²⁹ Carta dirigida por Henry Waxman, Presidente del Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes, a Charles B. Rangel, Presidente de la Comisión de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes, de 16 de marzo de 2009 (Estados Unidos - Prueba documental 67) página 30 de 52 (sin cursivas en el original).

¹⁰³⁰ Carta dirigida por el Excmo. Sr. Sudjadnan Parnohadiningrat, Embajador de Indonesia en los Estados Unidos, a Harry Reid, jefe del grupo mayoritario en el Senado de los Estados Unidos, de 8 de abril de 2009 (Indonesia - Prueba documental 15) página 5 de 9.

7.646 Por otro lado, "tener en cuenta" las necesidades especiales que en materia de finanzas, desarrollo y comercio tenga un país en desarrollo no significa necesariamente que el Miembro que prepare o aplique el reglamento técnico deba compartir o aceptar la opinión y el resultado deseado del país en desarrollo. A nuestro juicio, el hecho de que los Estados Unidos decidieran finalmente no excluir los cigarrillos de clavo de olor del ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 907(a)(1)(A) no significa que no tuvieran en cuenta las necesidades especiales de Indonesia en materia de finanzas, desarrollo y comercio.

7.647 Por último, Indonesia dejó claro en sus comunicaciones que el resultado que deseaba era que los Estados Unidos excluyeran los cigarrillos de clavo de olor del ámbito de aplicación del artículo 907(a)(1)(A). Sin embargo, hemos constatado que prohibir los cigarrillos de clavo de olor hace una contribución importante al objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes en los Estados Unidos. Habida cuenta de que la medida es una prohibición impuesta a cigarrillos con aromas característicos por razones de salud pública, el Grupo Especial no alcanza a ver cómo sería posible, con arreglo a las normas de la OMC, excluir de la prohibición los cigarrillos con aromas característicos procedentes de países en desarrollo. De hecho, una prescripción de excluir de una prohibición un producto que es dañino para la salud humana, exclusivamente por el motivo de que es producido y exportado por un país en desarrollo, limitaría la capacidad de los Miembros de establecer reglamentaciones con fines de salud pública.

7.648 A la luz de lo anterior, constatamos que Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos no "tuvieron en cuenta" las necesidades especiales de Indonesia en materia de finanzas, comercio y desarrollo.

e) Conclusión

7.649 Por consiguiente, el Grupo Especial constata que, al no haber demostrado que los Estados Unidos no tuvieron en cuenta las necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio de Indonesia en la preparación y aplicación del artículo 907(a)(1)(A), Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*.

VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1 Como queda expuesto con más detalle *supra*, el Grupo Especial constata:

- a) que el artículo 907(a)(1)(A) es un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*;
- b) que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, porque da a los cigarrillos de clavo de olor un trato menos favorable que el que otorga a cigarrillos mentolados similares de origen nacional;
- c) que al no haber demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor impuesta por el artículo 907(a)(1)(A) restringe el comercio más de lo necesario para cumplir el objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, Indonesia no ha demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;

- d) que al no haber solicitado a los Estados Unidos que explicaran la justificación del artículo 907(a)(1)(A) "a tenor de los párrafos 2 a 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*" en las preguntas que formuló en el documento G/TBT/W/323, Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;
- e) que al no haber demostrado que sería "procedente" formular el reglamento técnico del artículo 907(a)(1)(A) en función de "las propiedades de uso y empleo de los productos", Indonesia no ha demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 8 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;
- f) que al no haber notificado a los Miembros de la OMC por conducto de la Secretaría los productos abarcados por el proyecto de artículo 907(a)(1)(A), indicando brevemente su objetivo y razón de ser, en una etapa convenientemente temprana, es decir, cuando puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen, los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 9.2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;
- g) que al no haber demostrado que había solicitado a los Estados Unidos que facilitaran detalles sobre el artículo 907(a)(1)(A) mientras aún se encontraba en forma de proyecto, o el texto del mismo, Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 9.3 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;
- h) que al no haber previsto un plazo no inferior a seis meses entre la publicación y la entrada en vigor del artículo 907(a)(1)(A), los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;
- i) que al no haber demostrado que los Estados Unidos no tuvieron en cuenta las necesidades especiales en materia de desarrollo, finanzas y comercio de Indonesia en la preparación y aplicación del artículo 907(a)(1)(A), Indonesia no ha demostrado que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 12 del *Acuerdo OTC*.

8.2 Al no haber ninguna prueba o argumento respecto de la existencia de problemas urgentes de sanidad que se planteasen o amenazaran plantearse a los Estados Unidos en el momento de la adopción del artículo 907(a)(1)(A), el Grupo Especial *se abstiene de pronunciarse* sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 10 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

8.3 Al haber constatado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, el Grupo Especial también *se abstiene de pronunciarse* sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

8.4 Como se ha abstenido de pronunciarse sobre la alegación subsidiaria de Indonesia al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial también *se abstiene de pronunciarse* sobre si el artículo 907(a)(1)(A) está justificado en virtud del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.

8.5 De conformidad con el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, en los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de ese acuerdo. En consecuencia, concluimos que los Estados Unidos han anulado o menoscabado ventajas resultantes para Indonesia del *Acuerdo OTC*, en la medida en que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con los párrafos 1, 9.2 y 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

8.6 De conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, al haber constatado que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud de los párrafos 1, 9.2 y 12 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, recomendamos que el Órgano de Solución de Diferencias pida a los Estados Unidos que pongan el artículo 907(a)(1)(A) en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del *Acuerdo OTC*.
