

## Comentario sobre *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, Informe del Grupo Especial, 2 de septiembre de 2011

Bradly J. Condon

### I. Introducción

En 2011, la OMC emitió dos informes de grupos especiales sobre el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC), uno relacionado con la salud y otro con el medio ambiente. El 2 de septiembre de 2011 el Grupo Especial distribuyó su informe en el asunto *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*.<sup>1</sup> El 5 de enero de 2012 los Estados Unidos notificaron al Órgano de Solución de Diferencias su decisión de apelar contra el informe del Grupo Especial. El 15 de septiembre de 2011, el Grupo Especial emitió su informe en el asunto *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*.<sup>2</sup> A petición de los Estados Unidos y México, en la reunión celebrada el 11 de noviembre de 2011 el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) acordó prorrogar el plazo para la adopción o la apelación del informe del Grupo Especial en esta diferencia. Estos informes son importantes por ser los primeros que interpretan y aplican los términos “productos similares” y “necesario” en los artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo OTC, respectivamente. También se emitió un tercer informe sobre el Acuerdo OTC en 2011, sobre un sistema de etiquetado indicativo del país de origen. El 18 de noviembre de 2011, el Grupo Especial distribuyó su informe en el asunto *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (Estados Unidos – EPO)*.<sup>3</sup> Los artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo OTC también se litigaron en este caso. A petición conjunta del Canadá, México y los Estados Unidos, los Miembros de la OMC, en la reunión del OSD del 5 de enero de 2012, acordaron ampliar hasta el 23 de marzo de 2012 el plazo para la adopción o apelación de los informes del Grupo Especial en este caso. Entonces, si el 2011 fue el año del Acuerdo OTC en la División de Asuntos Jurídicos, parece que el 2012 lo será para el Órgano de Apelación. Esta trilogía de casos desarrollarán bastante la jurisprudencia sobre las disposiciones más importantes del Acuerdo OTC.

El asunto *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* concierne al artículo 907(a)(1)(A) de la *Ley federal de productos alimenticios, medicamentos y cosméticos* (FFDCA), que se incorporó a la FFDCA en virtud del artículo 101(b) de la *Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia*. Dicha medida prohíbe la producción y venta en los Estados Unidos de cigarrillos de clavo de olor, así como de la mayoría de los demás cigarrillos aromatizados. Sin embargo, la medida excluye de la prohibición a los cigarrillos mentolados. Indonesia es el principal productor mundial de cigarrillos de clavo de olor, y la inmensa mayoría de los cigarrillos de clavo de olor que se consumían en los Estados Unidos antes de la prohibición se importaban de Indonesia.

---

<sup>1</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor* (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor), WT/DS406/R, 2 de septiembre de 2011.

<sup>2</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún* (Estados Unidos – Atún II (México)), WT/DS381/R. Véase el comentario sobre este informe en [http://cdei.itam.mx/medios\\_digitales/investigacion.php#comentarios](http://cdei.itam.mx/medios_digitales/investigacion.php#comentarios).

<sup>3</sup> *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen* (Estados Unidos – EPO), WT/DS386/R, 18 de noviembre de 2011.

Indonesia alegaba que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor era incompatible con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC), por ser discriminatoria e innecesaria. El Grupo Especial determinó que la medida impugnada estaba comprendida en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC, por ser un “reglamento técnico” en el sentido del Anexo 1 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial constató que la prohibición era incompatible con la obligación de trato nacional del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, porque daba a los cigarrillos de clavo de olor un trato menos favorable que el que otorgaba a los cigarrillos mentolados. Constató que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados son “productos similares” en el sentido del artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Sin embargo, el Grupo Especial constató que Indonesia no había demostrado que la prohibición restringe el comercio más de lo necesario para cumplir un objetivo legítimo (en este caso, reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes) en el sentido del artículo 2.2 del Acuerdo OTC. Este comentario se centra en el análisis del Grupo Especial de estos artículos.

El Grupo Especial también constató que los Estados Unidos habían actuado en forma incompatible con el artículo 2.9.2 (obligación de notificar a los Miembros de la OMC los reglamentos técnicos) y el artículo 2.12 (obligación de prever un plazo prudencial entre la publicación y la entrada en vigor de los reglamentos técnicos). Sin embargo, el Grupo Especial constató que Indonesia no había demostrado que los Estados Unidos hubieran actuado de forma incompatible con el artículo 2.5 (obligación de explicar la justificación del reglamento técnico), el artículo 2.8 (obligación de definir el reglamento técnico en función de las propiedades de uso y empleo de los productos), el artículo 2.9.3 (obligación de facilitar detalles o el texto del reglamento técnico en proyecto), o el artículo 12.3 (obligación de tener en cuenta las necesidades especiales que en materia de desarrollo, finanzas y comercio tengan los países en desarrollo Miembros), y se abstuvo de pronunciarse con respecto a la alegación formulada por Indonesia al amparo del artículo 2.10 (obligación de notificar en caso de urgencia). Este comentario no analiza el análisis del Grupo Especial de estos artículos.

Al haber constatado la existencia de una infracción del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial se abstuvo de pronunciarse sobre la alegación formulada por Indonesia al amparo del artículo III:4 del GATT de 1994, o sobre la defensa de los Estados Unidos al amparo del artículo XX(b) del GATT de 1994.

## **II. Reglamento técnico obligatorio**

En *CE – Amianto* y *CE – Sardinias*, el Órgano de Apelación aplicó tres criterios para determinar si una medida es un “reglamento técnico”, los cuales se derivan de la definición del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial aplicó los mismos criterios: (1) la medida se aplica a un producto o grupo de productos identificable; (2) establece una o más características del producto; y (3) la observancia de las características del producto es obligatoria. Después de concluir que la medida en litigio cumplía con los dos primeros criterios, consideró el tercero.

El Grupo Especial concluyó que el artículo 907(a)(1)(A) establece características de un producto cuya observancia es “obligatoria”, porque 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 y las Orientaciones de la

FDA explican cómo "se hará cumplir esa prohibición". La Ley de control del tabaco también considera que los productos que no cumplen el artículo 907(a)(1)(A) están "adulterados", los cuales pueden ser objeto de decomiso si están vendidos u ofrecidos a la venta en los Estados Unidos. Por último, 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.<sup>4</sup>

### **III. Artículo 2.1 del Acuerdo OTC**

El Grupo Especial consideró que los principales elementos de una infracción del artículo 2.1 del Acuerdo OTC son tres: (1) que la medida en litigio sea un "reglamento técnico"; (2) que los productos importados y los productos nacionales en litigio sean "productos similares" en el sentido de esa disposición; y (3) que se dé a los productos importados un trato "menos favorable" que el otorgado a los productos similares nacionales.<sup>5</sup>

El Grupo Especial decidió tener en cuenta tanto la jurisprudencia sobre el artículo III:4 del GATT de 1994 como el contexto del Acuerdo OTC para interpretar el artículo 2.1 del Acuerdo OTC. Consideró que la principal cuestión interpretativa a este respecto era si una determinación de la "similitud" en el marco del artículo 2.1 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 artículo III:4 del GATT de 1994.<sup>6</sup>

#### **a. Productos similares**

El Grupo Especial opinó que las interpretaciones desarrolladas en el contexto del artículo III:4 del GATT de 1994 no pueden simplemente transponerse al artículo 2.1 del Acuerdo OTC. El artículo 2.1 del Acuerdo OTC está inspirado en el artículo III:4 del GATT de 1994. Ambos imponen la obligación de otorgar a los productos importados "un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional". No obstante, mientras que el artículo 2.1 del Acuerdo OTC sólo es aplicable a los reglamentos técnicos, el artículo III:4 del GATT de 1994 es aplicable a un grupo de medidas más amplio, que comprendería los reglamentos técnicos.<sup>7</sup> Además, el planteamiento sobre la similitud basado en la competencia, con arreglo al artículo III:4 del GATT de 1994 fue desarrollado por el Órgano de Apelación en *CE - Amianto* sobre la base del principio general establecido en el artículo III:1 del GATT de 1994, que no tiene un equivalente en el Acuerdo OTC.<sup>8</sup> Por consiguiente, el contexto permite distintas interpretaciones de la expresión "productos similares" en el artículo III:4 del GATT de 1994 y el artículo 2.1 del Acuerdo OTC.<sup>9</sup>

Según el Grupo Especial, el hecho de que el reglamento técnico reglamente las características de un producto (aromas característicos) para determinados tipos de productos (cigarrillos) debería tener importancia para determinar si los productos en cuestión son similares. Para estar regulado un cigarrillo debe tener un aditivo que produce un sabor, gusto o aroma distintivos. Los aditivos que contengan los cigarrillos

---

<sup>4</sup> Ibid, párrafo 7.39.

<sup>5</sup> Ibid, párrafos 7.77-7.78.

<sup>6</sup> Ibid, párrafos 7.82-7.83.

<sup>7</sup> Ibid, párrafos 7.95-7.96.

<sup>8</sup> Ibid, párrafo 7.99.

<sup>9</sup> Ibid, párrafo 7.105.

deben afectar a la determinación de la similitud más que los criterios relacionados con la competencia u otros criterios, por ser la característica exacta que determina si un cigarrillo está o no comprendido en el ámbito de aplicación del reglamento técnico en cuestión.<sup>10</sup> El Grupo Especial notó que el sexto considerando del Acuerdo OTC reconoce "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 [...]". A juicio del Grupo Especial, el sexto considerando del preámbulo, combinado con el requisito de necesidad establecido en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC, justifica una interpretación de la similitud en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC distinta de la desarrollada en el marco del artículo III:4 del GATT de 1994, habida cuenta de la naturaleza de las medidas contempladas en el Acuerdo OTC.<sup>11</sup> Por lo tanto, debe tenerse 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 este caso, el objetivo legítimo de salud pública de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes debe informar el análisis de la similitud.<sup>12</sup> Por todas estas razones, el Grupo Especial consideró que la interpretación del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, en las circunstancias de este caso, no debía abordarse principalmente desde la perspectiva de la competencia, sino a la luz del objetivo de salud pública.<sup>13</sup>

Este razonamiento del Grupo Especial sería aplicable a una medida ambiental, porque el preámbulo habla también, en su sexto considerando, de la protección ambiental. Si se sigue el mismo tipo de análisis en un caso de comercio y medio ambiente, la interpretación del artículo 2.1 del Acuerdo OTC podría abordarse principalmente desde la perspectiva de la protección ambiental y no a la luz de la relación de competencia entre los productos pertinentes. Entonces, la interpretación del Grupo Especial podría tener implicaciones importantes en los casos de reglamentos técnicos con fines ambientales.

El Grupo Especial se consideró limitado por el resumen del fundamento jurídico de la alegación de Indonesia en materia de trato nacional, en el que los productos de que se trata se identifican como los cigarrillos de clavo de olor importados contra los cigarrillos mentolados nacionales. Por lo tanto, decidió examinar los cuatro criterios del análisis tradicional de la similitud para determinar si estos productos son similares en términos del artículo 2.1 del Acuerdo OTC: (1) las propiedades físicas; (2) los usos finales; (3) los hábitos y preferencias de los consumidores; y (4) la clasificación arancelaria.<sup>14</sup>

Bajo el primer criterio, el Grupo Especial constató 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. Bajo el segundo criterio, constató que los dos tipos de cigarrillo tienen el mismo uso final de fumar. Bajo el tercer criterio, constató

---

<sup>10</sup> Ibid, párrafos 7.109-7.110.

<sup>11</sup> Ibid, párrafos 7.113-7.114.

<sup>12</sup> Ibid, párrafo 7.116.

<sup>13</sup> Ibid, párrafo 7.119.

<sup>14</sup> Ibid, párrafos 7.147-7.148.

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. Por último, constató que los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados tienen la misma clasificación arancelaria en el Sistema Armonizado (2402.20). Según el Grupo Especial, al ponderar esos criterios, tuvo muy en cuenta la pertinencia de las características que son significativas por lo que respecta al objetivo de salud pública de la medida, es decir, reducir el tabaquismo entre los jóvenes.<sup>15</sup> A su juicio, puede considerarse que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son "similares" en algunos contextos, pero no en otros, dependiendo del objetivo de la medida en litigio. La medida en este caso regula los cigarrillos sobre la base de una característica que es común a los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados: "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, sería difícil considerarse que los productos no son "similares".<sup>16</sup>

#### **b. Trato menos favorable**

El Grupo Especial decidió que su enfoque de la interpretación de la "similitud" en el marco del artículo 2.1 del Acuerdo OTC debe aplicarse también, por las mismas razones, a su análisis respecto de si se dio a los cigarrillos de clavo de olor un "trato menos favorable" que el otorgado a los cigarrillos mentolados. El objetivo legítimo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes informaría su análisis de este elemento.<sup>17</sup> Decidió examinar la alegación de Indonesia como una alegación de trato menos favorable *de facto*.<sup>18</sup>

El Grupo Especial notó que la jurisprudencia del Órgano de Apelación sobre el elemento de trato menos favorable del artículo III:4 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.<sup>19</sup> Consideró que el análisis del "trato menos favorable" debe comparar el trato entre: i) los cigarrillos de clavo de olor importados en los Estados Unidos, de cualquier procedencia; y ii) los cigarrillos nacionales mentolados.<sup>20</sup> Constató que los productos en cuestión reciben un trato diferente, porque los cigarrillos de clavo de olor están prohibidos, mientras que los cigarrillos mentolados están excluidos de la prohibición. Consideró que esa diferencia de trato tenía como resultado que los productos importados reciban un trato menos favorable, porque los cigarrillos de clavo de olor importados están prohibidos, mientras que se permite que los cigarrillos

---

<sup>15</sup> Ibid, párrafos 7.240-7.244.

<sup>16</sup> Ibid, párrafos 7.246-7.247.

<sup>17</sup> Ibid, párrafo 7.255.

<sup>18</sup> Ibid, párrafo 7.261.

<sup>19</sup> Ibid, párrafo 7.269.

<sup>20</sup> Ibid, párrafo 7.274.

mentolados nacionales similares permanezcan en el mercado.<sup>21</sup> Por lo tanto, constató que el artículo 907(a)(1)(A) era incompatible con el artículo 2.1 del Acuerdo OTC, y no examinó la alegación subsidiaria formulada por Indonesia al amparo del artículo III:4 del GATT de 1994.<sup>22</sup>

#### **IV. Artículo 2.2 del Acuerdo OTC**

La cuestión bajo el artículo 2.2 del Acuerdo OTC es si la prohibición a los cigarrillos de clavo de olor restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.<sup>23</sup> 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).<sup>24</sup>

La medida cumplió con el primer criterio, porque: i) el objetivo de la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor es reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes y ii) Indonesia no demostró que este objetivo de la prohibición no es "legítimo".<sup>25</sup>

El análisis del Grupo Especial bajo el segundo criterio se centró en cuatro cuestiones principales: i) si la jurisprudencia relativa al artículo XX(b) del GATT de 1994 es pertinente para la interpretación del criterio de no "restringir el comercio más de lo necesario" del artículo 2.2 del Acuerdo OTC; ii) si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos; iii) 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; y iv) 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.<sup>26</sup>

##### **a. Pertinencia de la jurisprudencia del artículo XX(b) del GATT**

El Grupo Especial observó que el texto de la segunda frase del artículo 2.2 del Acuerdo OTC es muy similar al que figura en el artículo XX(b) del GATT de 1994. Opinó que, cuando el "objetivo legítimo" en cuestión es la "protección de la salud humana", las expresiones parecen intercambiables. También observó que el contexto del artículo 2.2 del Acuerdo OTC establece una relación directa con el artículo XX del GATT de 1994, porque el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC reproduce parte del texto de este artículo del GATT de 1994. El Grupo Especial encargado del asunto *CE – Amianto* observó que el Acuerdo OTC constituye un desarrollo del GATT, en particular de su artículo XX, citando los trabajos preparatorios del Acuerdo OTC realizados en la Ronda de Tokio. Por lo tanto, el Grupo Especial en *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor* opinó que el artículo 2.2 del Acuerdo OTC no debería interpretarse de manera radicalmente distinta del artículo XX(b) del GATT de 1994.<sup>27</sup> Analizó tres criterios: i) si la medida excede del nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos; ii) si la medida hace una "contribución importante" al objetivo; y (iii) si

---

<sup>21</sup> Ibid, párrafos 7.279-7.281.

<sup>22</sup> Ibid, párrafo 7.294.

<sup>23</sup> Ibid, párrafo 7.325.

<sup>24</sup> Ibid, párrafo 7.333.

<sup>25</sup> Ibid, párrafos 7.343-50.

<sup>26</sup> Ibid, párrafo 7.352.

<sup>27</sup> Ibid, párrafos 7.358-61.

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.

**b. ¿La medida excede del nivel de protección que tratan de alcanzar los Estados Unidos?**

El Grupo Especial estuvo de acuerdo con las partes 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 artículo 2.2 del Acuerdo OTC. Aunque en el texto del artículo 2.2 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 artículo XX(b) del GATT de 1994, a pesar de que estas palabras tampoco figuran en esa disposición. Correspondía a Indonesia, como reclamante, proporcionar pruebas y argumentos que muestren cuál es este nivel de protección que desean los Estados Unidos y por qué dicha prohibición excede del nivel de protección deseado. Sin embargo, Indonesia no había indicado ninguna prueba directa relativa al "nivel de protección" deseado por los Estados Unidos. Si el Grupo Especial infiriera el "nivel de protección" a partir de la propia medida, la medida alcanzaría necesariamente ese nivel exacto de protección. Por estas razones, concluyó que Indonesia no había demostrado que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor excede del "nivel de protección" que tratan de alcanzar los Estados Unidos.<sup>28</sup>

Este aspecto del análisis del Grupo Especial demuestra la importancia de la carga de la prueba. En el contexto del artículo XX(b) del GATT de 1994, el demandado tiene la carga de la prueba. A diferencia, en el contexto del artículo 2.2 del Acuerdo OTC la parte demandante tiene la carga de la prueba. Es más fácil para el demandado aducir pruebas directas relativas al "nivel de protección" deseado, porque es su medida la que está en litigio.

**c. ¿La medida hace una "contribución importante" al objetivo?**

Para aplicar este criterio, el Grupo Especial hizo referencia a la jurisprudencia del artículo XX del GATT de 1994 relativa al término "necesarias". En particular, notó que, en el asunto *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". El Grupo Especial decidió aplicar el mismo criterio para establecer si la medida "restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo" a los efectos del artículo 2.2 del Acuerdo OTC. Notó ciertas similitudes entre los hechos de esta diferencia y los de *Brasil – Neumáticos recauchutados*. En ambas diferencias, la medida en litigio era una prohibición de las importaciones y el objetivo de la medida era proteger la salud y la vida de las personas. En aquel asunto, el Órgano de Apelación estableció una distinción entre una "contribución importante" y una contribución "marginal o insignificante". En este caso, el Grupo Especial aplicó el mismo criterio y examinó si la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor constituye una contribución importante al objetivo de reducir el

---

<sup>28</sup> Ibid, párrafos 7.370-78.

consumo de tabaco entre los jóvenes. Indonesia argumentó 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, porque: i) los cigarrillos de clavo de olor no entrañan un riesgo para la salud mayor que el de otros cigarrillos; ii) los jóvenes no fuman cigarrillos de clavo de olor en cantidades significativas; iii) no están prohibidos otros productos de tabaco aromatizados que gozan de gran aceptación entre los jóvenes; 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. El Grupo Especial examinó estos argumentos, recordando que corresponde a Indonesia la carga de la prueba.<sup>29</sup>

Opinó que el primer argumento de Indonesia estaba fuera de lugar, porque la medida en litigio 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", más "peligrosos" o más "tóxicos" que los cigarrillos ordinarios o mentolados, 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 éste. Por lo tanto, 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 resolvieron 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.<sup>30</sup>

En cuanto al segundo argumento de Indonesia, el Grupo Especial concluyó que las cifras de Indonesia no demuestran que el número de jóvenes que fuman cigarrillos de clavo de olor es insignificante. En consecuencia, no consideró 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.<sup>31</sup>

En cuanto al tercer argumento de Indonesia, el Grupo Especial observó 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, el hecho de que esos cigarrillos no estén prohibidos no demuestra 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. 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 se puede considerar que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor "restringe 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. Por otra parte, no consideró 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. El Grupo Especial observó que, en el análisis del artículo XX realizado por el Órgano de Apelación en *Brasil – Neumáticos recauchutados*, la

---

<sup>29</sup> Ibid, párrafos 7.379-81.

<sup>30</sup> Ibid, párrafos 7.384-85.

<sup>31</sup> Ibid, párrafos 7.389-92.

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. Por estas razones, no consideró 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.<sup>32</sup>

En cuanto al cuarto argumento de Indonesia, el Grupo Especial concluyó que los testimonios de expertos en salud contradicen 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. 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. 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.<sup>33</sup> 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. Indonesia no pudo 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).<sup>34</sup>

Por estas razones, el Grupo Especial concluyó que Indonesia no había 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. Concluyó que hay una "relación auténtica de fines a medios" entre el objetivo perseguido y la medida en litigio.<sup>35</sup>

**d. ¿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?**

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. El Grupo Especial consideró que nada en el texto, contexto o fin del artículo 2.2 del Acuerdo OTC sugiere que dicha disposición exige un enfoque diferente.<sup>36</sup>

Concluyó que Indonesia no había 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. Indonesia no identificó satisfactoriamente la medida o medidas alternativas que deberían haber aplicado los Estados Unidos. Hizo una mera enumeración de dos

---

<sup>32</sup> Ibid, párrafos 7.394-99.

<sup>33</sup> Ibid, párrafo 7.401.

<sup>34</sup> Ibid, párrafos 7.415-7.416.

<sup>35</sup> Ibid, párrafo 7.417.

<sup>36</sup> Ibid, párrafos 7.418-7.419.

docenas de posibles medidas alternativas, lo cual no basta para establecer una presunción *prima facie*. Cada una de esas medidas sería menos restrictiva del comercio que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor. Sin embargo, 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. Indonesia no especificó si es alguna de esas medidas, una combinación de ellas o su totalidad lo que constituye la medida o medidas alternativas. 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 está en vigor. Al analizar la existencia de medidas alternativas, el texto del artículo 2.2 requiere tener en cuenta "los riesgos que crearía no alcanzar" el objetivo. 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. Incluso si la enumeración de medidas alternativas que hace Indonesia bastara, muchas de las medidas alternativas propuestas por Indonesia ya están en vigor en los Estados Unidos. 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, la prohibición de la venta de cigarrillos aromatizados es una de las medidas que se recomiendan actualmente en las Directrices parciales de la OMS. Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que Indonesia no había 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.<sup>37</sup>

Por estas razones, el Grupo Especial constató que Indonesia no había 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, constató que Indonesia no había demostrado que el artículo 907(a)(1)(A) es incompatible con el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.<sup>38</sup>

## **V. Implicaciones para casos futuros**

Si se aplica el razonamiento del Grupo Especial en un caso de comercio y medio ambiente, la interpretación del artículo 2.1 del Acuerdo OTC podría abordarse principalmente desde la perspectiva de la protección ambiental y no a la luz de la relación de competencia entre los productos pertinentes. Por lo tanto, la interpretación del Grupo Especial podría tener implicaciones importantes en los casos de reglamentos técnicos con fines ambientales.

El análisis del Grupo Especial del artículo 2.2 del Acuerdo OTC demuestra la importancia de la carga de la prueba. En el contexto del artículo XX(b) del GATT de 1994, el demandado tiene la carga de la prueba. A diferencia, en el contexto del artículo 2.2 del Acuerdo OTC la parte demandante tiene la carga de la prueba. Es más fácil para el demandado aducir pruebas directas relativas al "nivel de protección" deseado, porque es su medida la que está en litigio.

---

<sup>37</sup> Ibid, párrafos 7.421-7.428.

<sup>38</sup> Ibid, párrafo 7.432.