

**ANTE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL
COMERCIO**

*Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos
(WT/DS441)*

**Resumen integrado de las comunicaciones de la República Dominicana presentadas ante el
Grupo Especial**

23 DE MARZO DE 2016

ÍNDICE

Página

Tabla de casos

Título abreviado	Título completo del caso y cita
<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, Informe de solución de diferencias 2007:IV, p. 1527
<i>China – Tierras raras</i>	Informes del Grupo Especial, <i>China – Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno</i> , WT/DS431/R y Add.1 / WT/DS432/R y Add.1 / WT/DS433/R y Add.1, adoptado el 29 de agosto de 2014, confirmado por los informes del Órgano de Apelación WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/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, Informe de solución de diferencias 2001:VII, p. 3243
<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, Informe de solución de diferencias 1998:I, p. 135
<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, Informe de solución de diferencias 2002:VIII, p. 3359
<i>CE – Productos derivados de las focas</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas</i> , WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adoptado el 18 de junio de 2014
<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, Informe de solución de diferencias 2005:VIII, p. 3499
<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, Corr.1 y Corr.2, adoptado el 23 de julio de 1998, y Corr.3 y Corr.4, Informe de solución de diferencias 1998:VI, p. 2201
<i>Corea – Bebidas alcohólicas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas</i> , WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 1999, Informe de solución de diferencias 1999:I, p. 3

<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, Informe de solución de diferencias 2008:X, p. 3507
<i>Estados Unidos – EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) - Recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW, adoptado el 29 de mayo de 2015
<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, Informe del Órgano de Apelación 1996:I, p. 3
<i>Estados Unidos – Camarón</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, Informe de solución de diferencias 1998:VII, p. 2755
<i>Estados Unidos - Atún II (México)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún</i> , WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012, Informe de solución de diferencias 2012:IV, p. 1837

LISTA DE ABREVIATURAS

Abreviatura	Descripción
AUS	Australia
CCV	Cancer Council Victoria
CINSW	Cancer Institute New South Wales
ESNGS	Estudio de Seguimiento de Nueva Gales del Sur
COP	Conferencia de las Partes
RP	República Dominicana
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
EOS	Intercambio de ventas
UE	Unión Europea
CMCT	Convenio Marco para el Control del Tabaco
PA	Primera audiencia
PCE	Primera comunicación escrita
GATT 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IG	Indicaciones geográficas
ASG	Advertencias sanitarias gráficas
CIIC	Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer
VM	Ventas en el mercado
INSEAD	Institut Européen d'Administration des Affaires
IOM	Instituto de Medicina
PI	Propiedad intelectual
IPE	Instituto para la evaluación de políticas
ITC	Proyecto Internacional de Evaluación de Políticas de Control del Tabaco
EMLCT	Edad mínima legal para comprar tabaco
ENSEG	Estudio Nacional de Seguimiento del Empaquetado Genérico
DEO	Diccionario de inglés Oxford
RTA	Revisión tras la aplicación
EG	Empaquetado genérico
GPP	Gráficos personales de los paquetes
PGE	Pregunta del Grupo Especial
RMSS	Roy Morgan Single Source
SBS	Estudio Escolar Transversal
SA	Segunda audiencia

SCE	Segunda comunicación escrita
<i>Acuerdo OTC</i>	<i>Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio</i>
TP	Tercera Parte
<i>Acuerdo sobre los ADPIC</i>	<i>Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio</i>
OMS	Organización Mundial de la Salud
OMC	Organización Mundial del Comercio

I. INTRODUCCIÓN

1. Hace más de 3 años, el 1 de diciembre de 2012, Australia adoptó medidas amplias para eliminar la diferenciación entre los productos de tabaco prohibiendo todos los elementos de diseño (incluidos aquellos de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas ("IG")) del empaquetado de tabaco destinado a la venta minorista y de los productos de tabaco en sí. Australia afirmó que estos elementos inducían a las personas a fumar y que, prohibiéndolos, el consumo de tabaco se reduciría en el país.
2. A lo largo de este procedimiento, la República Dominicana (la "RD") y sus expertos han demostrado que esta premisa es errónea en lo fundamental. La totalidad de los elementos de prueba, que abarcan desde pruebas posteriores a la aplicación de las medidas hasta pruebas sobre predicciones, muestra que las medidas de empaquetado genérico no contribuyen, y no lo harán, al objetivo de reducir el consumo de tabaco en Australia. Las medidas solo sirven para negar la oportunidad de competir a la que tienen derecho los interlocutores comerciales de Australia y socavar el sistema de comercio internacional que Australia ha prometido respetar como miembro de la OMC.
3. Muchos países en desarrollo se opusieron, aunque finalmente aceptaron, a las protecciones legales de la propiedad intelectual ("PI") sobre las que insistieron las naciones desarrolladas en las negociaciones de la Ronda de Uruguay, al mostrarse escépticos acerca de los beneficios que podrían aportar a sus economías los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, ahora que la República Dominicana se ha transformado pasando de ser un exportador de hoja de tabaco sin procesar al productor líder mundial y exportador de puros de marca de calidad superior, la protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas ha adquirido una importancia considerable para sus exportaciones. Sin embargo, a través de las medidas de empaquetado genérico, Australia abandona las normas en las que habían insistido ella y otras naciones desarrolladas. Las medidas de empaquetado genérico pretenden, mediante un diseño legislativo, despojar de sus funciones básicas a las marcas de fábrica o de comercio y eliminar las indicaciones geográficas relacionadas con el tabaco, dejando sin sentido a las protecciones de marcas de fábrica de comercio e indicaciones geográficas contenidas en el *Acuerdo sobre los ADPIC*, sin que ello suponga ningún beneficio para la salud pública.
4. La República Dominicana respalda plenamente el derecho de un miembro de la OMC a adoptar medidas efectivas en protección de la salud pública. En el procedimiento actual, la República Dominicana ha demostrado que Australia podría sustituir las medidas inefectivas de empaquetado genérico por medidas de control del tabaco que, a la vez, son efectivas y están en consonancia con las obligaciones de Australia en virtud del *Acuerdo sobre los ADPIC* y el *Acuerdo OTC*.

II. ALEGACIONES JURÍDICAS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Alegaciones jurídicas en virtud del *Acuerdo sobre los ADPIC*

1. Las medidas de empaquetado genérico incumplen el apartado 4 del artículo 15¹

5. El apartado 4 del artículo 15 del *Acuerdo sobre los ADPIC* dispone que "La naturaleza del producto o servicio al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse no será en ningún caso obstáculo para el registro de la marca". De tal modo, en la medida en que un Miembro de la OMC imponga un obstáculo o impedimento al registro de una marca de fábrica o de comercio debido a la calidad esencial o composición de un producto o servicio relacionado con un signo, ello infringe el apartado 4 del artículo 15.
6. En virtud de las medidas de empaquetado genérico, se prohíbe o se restringe de manera importante el uso de cualquier signo en los productos de tabaco. En esta situación, un signo no intrínsecamente distintivo de productos de tabaco no tiene ninguna oportunidad de conseguir diferenciación mediante el uso y, por consiguiente, dicho signo no tiene posibilidad de ser registrado como marca de fábrica o de comercio de productos de tabaco. El impedimento para el registro de

¹ Véase PCE de la RD, Sección VI.E; SCE de la RD, Sección III.A; respuesta de la RD a las PGE 172, 195; comentarios de la RD sobre la respuesta de AUS a la PGE 172.

dichos signos como marcas de fábrica o de comercio en Australia se debe a la naturaleza de los productos a los que se asocia el signo, es decir, los productos de tabaco. Esto constituye una infracción del apartado 4 del artículo 15.

7. Australia comete un error al afirmar que los signos no intrínsecamente distintivos no son "marcas de fábrica o de comercio" y, por tanto, dichos signos no quedan abarcados por el apartado 4 del artículo 15. De hecho, en el apartado 1 del mencionado artículo se define "marca de fábrica o de comercio" como signos que deben ser "*capaces* de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas",² y el argumento de Australia excluye indebidamente el término "capaz" de dicha definición. El apartado B del artículo 6*quinquies* del *Convenio de París* proporciona contexto relevante que aclara que el término "marca de fábrica o de comercio" abarca los signos no intrínsecamente distintivos y que no han adquirido diferenciación a través del uso.

8. Australia argumenta que, en caso de ser aceptada, la interpretación de la República Dominicana del apartado 4 del artículo 15 exigiría que los Miembros garantizaran el derecho a vender y promocionar productos en su territorio, independientemente de la naturaleza de dichos productos. Esta afirmación no es correcta. La República Dominicana ha explicado que las restricciones sobre la disponibilidad o el comercio de productos o servicios se rigen, *entre otros reglamentos*, por el GATT 1994 o el AGCS, no las disposiciones sobre marcas de fábrica o de comercio del *Acuerdo sobre los ADPIC*.

2. Las medidas de empaquetado genérico incumplen el apartado 1 del artículo 16³

9. El apartado 1 del artículo 16 del *Acuerdo sobre los ADPIC* exige a los Miembros de la OMC otorguen a los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas: (i) el derecho exclusivo de impedir (ii) el uso no autorizado (iii) en el curso de operaciones comerciales de (iv) signos idénticos o similares (v) para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, (vi) cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión.

10. Al prohibir o restringir el uso de marcas de fábrica o de comercio para productos de tabaco, las medidas de empaquetado genérico reducen o eliminan, dependiendo de las circunstancias, la diferenciación y el reconocimiento de dichas marcas. De esta forma se interrumpe la conexión que los consumidores realizan entre la marca de fábrica o de comercio y el producto para el que se ha registrado, lo que hace que al titular de una marca de fábrica o de comercio le resulte prácticamente imposible demostrar que existe probabilidad de confusión con el uso no autorizado de una marca idéntica o similar en productos parecidos. Por consiguiente, la capacidad del titular de la marca de fábrica o de comercio para ejercer los derechos exclusivos garantizados por el apartado 1 del artículo 16 se ven reducidos, e incluso eliminados, como resultado de las medidas de empaquetado genérico.

11. En la respuesta de Australia se interpreta erróneamente que el argumento de la República Dominicana afirma que el apartado 1 del artículo 16 exige a los Miembros garantizar un "derecho de uso" de las marcas de fábrica o de comercio.⁴ De forma más general, la respuesta estándar de Australia a las alegaciones de la República Dominicana en virtud del *Acuerdo sobre los ADPIC* es que dichas alegaciones se basan en la proposición de que el *Acuerdo sobre los ADPIC* reconoce un "derecho de uso" de las marcas de fábrica o de comercio (e indicaciones geográficas). Aquí Australia crea una falacia del "hombre de paja", que posteriormente pasa a derrumbar. La República Dominicana jamás ha afirmado que el *Acuerdo sobre los ADPIC* concede un "derecho de uso". Por el contrario, la República Dominicana, al igual que la mayoría de terceros países, entiende que dicho "uso" está presente en las estipulaciones del *Acuerdo sobre los ADPIC* en relación con la protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas. Es incuestionable que la función básica de una marca de fábrica o de comercio es distinguir los productos y servicios en el curso de operaciones comerciales. El cumplimiento de esta función básica posibilita que los productos y servicios puedan competir y es el verdadero objetivo de la protección internacional de

² Énfasis añadido.

³ Véase PCE de la RP, Sección VI.F; SCE de la RD, Sección III.B; SDF de la RD, párrafo 21; respuesta de la RD a las PGE 29, 30, 32, 94, 95, 96, 172; comentarios de la RD sobre la respuesta de AUS a las PGE 172 y 185.

⁴ Véase PCE de AUS, párrafo 315.

marcas de fábrica o de comercio. A menos que una marca de fábrica o de comercio pueda usarse en los productos y servicios en el curso de operaciones comerciales, sencillamente no puede cumplir su función básica.

12. Al centrarse erróneamente en el argumento del "derecho de uso", Australia no aborda de manera importante el argumento real de la República Dominicana, que se refiere a la imposibilidad de *hacer valer* los derechos relativos a las marcas de fábrica o de comercio en virtud del apartado 1 del artículo 16.

3. Las medidas de empaquetado genérico incumplen el apartado 3 del artículo 16⁵

13. En calidad de tercero en DS458 y DS467, la República Dominicana ha explicado que, para que una marca pueda adquirir y mantener el estatus de "conocida" y, por tanto, pueda disfrutar de las protecciones adicionales que ofrece el apartado 3 del artículo 16 del *Acuerdo sobre los ADPIC*, los consumidores deben conocer y reconocer la marca.

14. Las medidas de empaquetado genérico infringen el apartado 3 del artículo 16 porque (i) eliminan los "derechos negativos" que se otorgaban anteriormente a las marcas que alcanzaban el estatus de conocidas (es decir, derechos que van más allá de los concedidos en virtud del apartado 1 del artículo 16) antes de la imposición de dichas medidas; y (ii) hacen que sea imposible que cualquier otra marca de fábrica o de comercio registrada de productos de tabaco adquiera dicho estatus en el futuro y, por tanto, pueda ejercer los derechos otorgados por el apartado 3 del artículo 16. De este modo, debido a las medidas de empaquetado genérico, las marcas de fábrica o de comercio no pueden adquirir y mantener el nivel de conocimiento fundamental necesario para lograr el estatus de "conocidas".

4. Las medidas de empaquetado genérico no son coherentes con el artículo 10bis del *Convenio de París*⁶

15. Las obligaciones contempladas en el artículo 10bis del *Convenio de París* quedan incorporadas al *Acuerdo sobre los ADPIC* mediante el apartado 1 del artículo 2. El artículo 10bis(1) establece la obligación general de asegurar una protección eficaz contra la competencia desleal. A su vez, el apartado (3) del artículo 10bis exige a los Miembros prohibir tres tipos particulares de actos privados de competencia desleal, en especial, en virtud del apartado (3)(3) de dicho artículo, "las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos".

16. Las medidas de empaquetado genérico exigen a los competidores presentar sus productos de tabaco de una manera uniforme que impide la diferenciación y pretenden de forma intencionada dar la impresión engañosa de que todas las marcas son iguales y que cada una de ellas es "la menos atractiva" y la "de peor calidad". En realidad, existen importantes variaciones en la calidad y las características del tabaco utilizado en las distintas marcas de puros y cigarros y, para los puros en particular, entre los productos hechos a mano y los prefabricados. De hecho, el logro de la República Dominicana de una industria del puro de calidad superior se fundamenta en la existencia de dichas diferencias en la calidad, reconocida tanto por los consumidores como por los expertos.

17. Por tanto, las medidas de empaquetado genérico obligan a realizar actos privados que pueden inducir a error a los consumidores en cuanto a la naturaleza, el modo de fabricación y las características de los productos del tabaco, lo que es contrario a lo estipulado en el apartado (3)(3) del artículo 10bis. En vez de impedir la competencia desleal, Australia la exige. La República Dominicana ha demostrado además que no puede recurrirse a ninguna otra medida australiana para remediar los actos de competencia desleal exigidos por la *Ley sobre empaquetado genérico*.

⁵Véase PCE de la RP, Sección VI.G; SCE de la RD, Sección III.C; SDF de la RD, párrafo 21; respuesta de la RD a la PGE 31; comentarios de la RD sobre la respuesta de AUS a la PGE 172.

⁶Véase PCE de la RP, Sección VI.I; SCE de la RD, Sección III.E; SDF de la RD, párrafo 22; respuesta de la RD a las PGE 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 177; comentarios de la RD sobre la respuesta de AUS a la PGE 185.

18. En respuesta a los argumentos de Australia, la República Dominicana ha aclarado que no mantiene que las medidas de empaquetado genérico sean *en sí mismas* "actos" de competencia desleal. En cambio, la República Dominicana ha explicado cómo, debido a las medidas de empaquetado genérico, Australia exige la realización de *actos privados* de competencia desleal en la *presentación* de los productos de tabaco a los consumidores y, de ese modo, no garantiza la protección eficaz frente a dicha competencia desleal. Asimismo, la República Dominicana ha explicado que, en virtud de los apartados (1) and (3) del artículo 10*bis*, la intención del actor comercial no es relevante si su acto implica competencia desleal, por lo que sostiene Australia en sentido contrario es erróneo.

19. En especial con respecto al apartado (3)(3) del artículo 10*bis*, y en respuesta a la interpretación erróneamente restrictiva de Australia de la frase "en el curso de operaciones comerciales", la República Dominicana ha demostrado que este enunciado se refiere a actividades comerciales en general, en vez de a un periodo de tiempo que culmina en el punto de venta de un determinado producto al consumidor.

5. Las medidas de empaquetado genérico incumplen el apartado 2(b) del artículo 22⁷

20. El apartado 2(b) del artículo 22 del *Acuerdo sobre los ADPIC* sanciona los actos de competencia desleal, dentro del significado del artículo 10*bis* del *Convenio de París*, con respecto a las indicaciones geográficas y establece una obligación de arbitrar los medios legales necesarios para que las partes interesadas puedan impedir dichos actos. Entre los actos de competencia desleal cabe destacar los actos que reducen la comprensión de los consumidores de las calidades, reputación y otras características esperadas de un producto con un determinado origen. El apartado 2(b) del artículo 22 abarca el uso de cualquier tipo de indicación, designación o presentación.

21. Como resultado de las medidas de empaquetado genérico, los productores no pueden señalar el origen geográfico del producto de forma que se asocie el origen a las calidades del producto, por lo que se limita la información de los consumidores. Además, la presentación obligatoria de los puros sin indicaciones geográficas sirve para inducir a error a los consumidores. Por regla general, se hace creer erróneamente a los consumidores que el origen geográfico del producto no influye en la calidad ni en las características de los productos.

22. En virtud de las medidas de empaquetado genérico, los productores de puros dominicanos y cubanos de calidad superior que cumplen sus requisitos locales con respecto al uso de las indicaciones geográficas "*Cigarro Dominicano*" o "*Habanos*" se ven limitados en Australia a identificar simplemente sus productos como fabricados en la República Dominicana o Cuba. Esa es la forma en la que se identifican *todos* los puros fabricados en la República Dominicana y Cuba como productos fabricados en dichos países, *independientemente de la calidad u otras características*. Al exigir a todos los productores de puros identificar sus productos únicamente en relación con el país de fabricación y no con los elementos adicionales asociados a las indicaciones geográficas, las medidas de empaquetado genérico exigen el uso de indicaciones que, entre otras cosas, pueden inducir a error con respecto a las distintas características de productos diferentes que proceden del mismo país.

23. En resumen, mediante el uso obligatorio del empaquetado genérico y la prohibición del uso de indicaciones geográficas, los competidores se ven obligados a usar "indicaciones o aseveraciones... en el ejercicio del comercio [que] pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza ... [o] las características" de los productos del tabaco, con arreglo al apartado (3)(3) del artículo 10*bis* del *Convenio de París*. De este modo, infringiendo lo estipulado en el apartado 2(b) del artículo 22 del *Acuerdo sobre los ADPIC*, Australia no arbitra "los medios legales necesarios para que las partes interesadas" impidan el uso de designaciones o presentaciones en el empaquetado que constituyan un acto de competencia desleal.

⁷Véase PCE de la RD, Sección VI.J; SCE de la RD, Sección III.F; respuesta de la RD a las PGE 44, 45, 47, 49, 50, 54, 87, 174, 177, 178; comentarios de la RD sobre la respuesta de AUS a la PGE 175.

6. Las medidas de empaquetado genérico incumplen el apartado 3 del artículo 24⁸

24. El apartado 3 del artículo 24 del *Acuerdo sobre los ADPIC* estipula que "al aplicar esta Sección, ningún Miembro reducirá la protección de las indicaciones geográficas que existía en él inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC", es decir, el 1 de enero de 1995 para Australia. Las obligaciones de un Miembro en virtud del apartado 3 del artículo 24 son aplicables a las acciones que este realiza para dar efecto a los artículos del 22 al 24 del *Acuerdo sobre los ADPIC*, así como cualquier acto u omisión mediante el cual un Miembro no lo hace, de forma total o parcial.

25. El apartado 3 del artículo 24 es una disposición de statu quo con respecto al *sistema* de protección de las indicaciones geográficas que existían en la época en cuestión, como confirman las versiones en español y francés. La nota a pie de página 3 del *Acuerdo sobre los ADPIC* proporciona un contexto que aclara que la palabra "protección" comprende "los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual así como los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual de que trata específicamente este Acuerdo." De este modo, el sistema relevante de "protección" incluye, cuando es aplicable en un determinado Miembro antes de 1995, la capacidad de que las indicaciones se conviertan en indicaciones geográficas (es decir, adquisición) y mantengan y hagan valer su estatus como tales.

26. Por estos motivos, la opinión de Australia de que el apartado 3 del artículo 24 excluye sólo a las *indicaciones geográficas individuales*, en vez de a un sistema de protección de indicaciones geográficas, no está en consonancia con el texto de la disposición y el contexto relevante. Asimismo, la interpretación de Australia tendría el efecto absurdo de beneficiar a las indicaciones geográficas de los países desarrollados y perjudicar a las de los países en desarrollo. El motivo de ello es que en 1995 los países desarrollados hacían un uso mayor de las indicaciones geográficas que los países en desarrollo. El establecimiento de una discriminación contra las indicaciones geográficas de los países en desarrollo no puede haber sido la intención de los autores.

27. Al permitir con anterioridad a 1995 el uso de las indicaciones geográficas, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 22, en los productos de tabaco, Australia dotó de un sistema de protección que permitía a las indicaciones adquirir, mantener y, en última instancia, hacer valer el estatus de indicación geográfica. Por ello, las medidas de empaquetado genérico infringen el apartado 3 del artículo 24.

7. Las medidas de empaquetado genérico incumplen el artículo 20⁹

28. El artículo 20 del *Acuerdo sobre los ADPIC* protege "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales" frente a complicaciones "injustificables" "con exigencias especiales". Al sancionar la acción gubernamental que complica el uso de marcas de fábrica o de comercio, el artículo 20 reconoce que el "uso" es esencial para que una marca de fábrica o de comercio pueda cumplir su función básica de distinguir los bienes y servicios en el comercio en cuanto a su calidad, características y reputación y garantiza el objeto del tratado y el objetivo de protección de las marcas de fábrica o de comercio.

a. *Las "exigencias especiales" impuestas por las medidas de empaquetado genérico "complican" el uso de marcas de fábrica o de comercio*¹⁰

29. El artículo 20 es aplicable a las medidas que "complican [] con exigencias especiales". Una "exigencia especial" es una condición exigida por un gobierno (la "exigencia") que sea "inusual" o

⁸ Véase PCE de la RD, Sección VI.K; SCE de la RD, Sección III.G; respuesta de la RD a las PGE 43, 44, 48, 51, 113, 179, 180, 181.

⁹ Véase PCE de la RD, Sección VI.H; SCE de la RD, Sección III.D; respuesta de la RD a las PGE 38, 39, 99, 167, 169; comentarios de la RD sobre la respuesta de AUS a las PGE 166, 170; PDI de la RD, párrafos 9-11; SDI de la RD, párrafos 6-11.

¹⁰ Véase PCE de la RD, párrafos 347-367; SCE de la RD, párrafos 96-127; respuesta de la RD a las PGE 104, 108, 172; comentarios de la RD sobre la respuesta de AUS a las PGE 170; PDI de la RD, párrafos 13-17; SDI de la RD, párrafos 12-20.

"fuera de lo habitual" ("especial"), bien porque: imponga el "uso" de una marca de fábrica o de comercio de forma que se aleje del tratamiento habitual de estas; bien porque sea aplicable a marcas de fábrica o de comercio utilizadas en relación con un determinado bien o servicio; o bien ambos casos.¹¹ Las "exigencias especiales" regulan *directamente* el uso de una marca de fábrica o de comercio en sí y deben distinguirse de las exigencias que afectan *de forma incidental* al uso de marcas de fábrica o de comercio mediante, por ejemplo, la regulación de un bien o servicio que lleve una marca de fábrica o de comercio.¹²

30. El verbo "complicar" significa "dificultar ... cargar", "actuar como limitación" u "obstruir",¹³ y se refiere al *efecto* que tiene una "exigencia especial" en "el uso de una marca de fábrica o de comercio". Las complicaciones deben, por tanto, tener el *efecto* de dificultar u obstruir la capacidad de usar una marca de fábrica o de comercio como registrada (o, si no está registrada, como la usaría el titular). Si una "exigencia especial" tiene el efecto de "complicar" el uso de una marca de fábrica o de comercio, debe tener una justificación.

31. Aunque las partes están de acuerdo en el significado de estas palabras, no muestran conformidad en si el artículo 20 abarca (i) sólo determinadas complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio y (ii) las "prohibiciones" de uso.

32. *En primer lugar*, Australia sostiene que el artículo 20 sólo es aplicable a determinadas complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio, concretamente, aquellas que impiden que se distinga el origen comercial de un bien o servicio. Para Australia, como sólo son "necesarias" las marcas denominativas¹⁴ para distinguir el origen comercial, el uso de elementos de diseño de una marca de fábrica o de comercio como parte de marcas figurativas y marcas compuestas se encuentra efectivamente excluido del artículo 20. Australia aduce que el uso de los elementos de diseño de una marca de fábrica o de comercio no es necesario para distinguir el origen comercial. En contra de la postura de Australia, está bien establecido, incluso en el derecho australiano, que las marcas de fábrica o de comercio pueden diferenciar el origen comercial de bienes y servicios en cuanto a calidad, características y reputación. Los elementos de diseño de marcas de fábrica o de comercio se encuentran incluidos expresamente en la definición de marca de fábrica o de comercio del apartado 1 del artículo 15 y, por tanto, se consideran literalmente esenciales para la función diferenciadora de las marcas. En virtud del artículo 20, si existen exigencias especiales que complican (es decir, dificultan, obstaculizan, restringen y obstruyen) el uso de un elemento de una marca de fábrica o de comercio, la complicación debe tener una justificación. No existe base para considerar que el artículo 20 no sea aplicable a las medidas que interfieren el uso de elementos de diseño de marcas de fábrica o de comercio.

33. *En segundo lugar*, Australia sostiene que una medida está sujeta a las estipulaciones del artículo 20 únicamente si complica "cómo se usa una marca de fábrica o de comercio ... y no *si* se usa".¹⁵ De este modo, en opinión de Australia, el artículo 20 no es aplicable a las *prohibiciones* de uso de una marca de fábrica o de comercio. La interpretación de Australia no está sustentada por el artículo 20, que, una vez más, sólo pregunta si "*el uso* de una marca de fábrica o de comercio [está *siendo*] complicado". Una prohibición complica claramente el uso de una marca de fábrica o de comercio. Además, cada uno de los ejemplos que se citan en el artículo 20 describe una complicación que menoscaba la "capacidad para distinguir" bienes y servicios en el comercio: una prohibición es el ejemplo más extremo de interferencia con esta función.

¹¹ OED Online, "requirement, *n*" (exigencia), Prueba documental DR-81; OED Online, "special *adj*" (especial), Prueba documental DR-82, "de un tipo que excede o supera en cierto modo lo que es habitual o común; excepcional en carácter, calidad o grado".

¹² Véase Informe del Grupo Especial, *Indonesia – Automóviles*, párrafos 14.273 y 14.278.

¹³ Véase PCE de AUS, párrafo 347; PCE de Cuba, párrafo 310; PCE de la RD, párrafo 349; PCE de Honduras, párrafo 283; PCE de Indonesia, párrafo 272; y PCE de Ucrania, párrafo 329. Véase también OED Online, "encumber, *v.*" (complicar), Prueba documental DR-83.

¹⁴ SCE de AUS, párrafo 129 y 130.

¹⁵ Respuesta de AUS a la PGE 100, párrafo 48 (el énfasis se encuentra en el original).

34. Al realizar la adecuada interpretación jurídica, las medidas de empaquetado genérico "complican" gravemente tres grupos distintos de marcas de fábrica o de comercio en el empaquetado y productos de tabaco. En especial: (i) los signos denominativos deben aparecer en un formato normalizado y, en el caso de los cigarrillos individuales, se prohíben completamente; (ii) los elementos denominativos de las marcas compuestas deben aparecer en un formato normalizado y los elementos gráficos de dichas marcas se prohíben por completo; y (iii) los signos gráficos se prohíben totalmente.¹⁶

b. *Las medidas de empaquetado genérico complican el uso de marcas de fábrica o de comercio "en el curso de operaciones comerciales"*¹⁷

35. Como se trató más arriba, el "curso de operaciones comerciales" incluye el uso de marcas de fábrica o de comercio como parte de la venta comercial de bienes e incluye el uso de marcas de fábrica o de comercio tanto en el empaquetado destinado a la venta minorista como en el producto en sí.

36. Australia pretende limitar el ámbito de aplicación del artículo 20 argumentando que, si una marca de fábrica o de comercio no se *ve* hasta *después* de una venta, no se "usa" en el "curso de operaciones comerciales". Para Australia, las prohibiciones en el punto de venta en Australia excluyen a las medidas de empaquetado genérico del ámbito de aplicación del artículo 20. El argumento de Australia es indebidamente restrictivo. El empaquetado destinado a la venta minorista para bienes de consumo no necesita *verse* en la estantería de los establecimientos para que el uso de una marca de fábrica o de comercio en el empaquetado forme parte del curso de operaciones comerciales. Ello implicaría que las compras remotas, donde los productos no se *ven* antes de la compra, no forman parte del curso de operaciones comerciales. Las marcas de fábrica o de comercio se aplican al empaquetado destinado a la venta minorista y los productos como parte integrante de una venta comercial y el uso de una marca de fábrica o de comercio en el empaquetado forma parte de la rutina del curso de las operaciones comerciales.

37. Incluso si el Grupo Especial aceptase la interpretación errónea de Australia, debería determinar que las medidas de empaquetado genérico complican el uso "en el curso de operaciones comerciales" porque (i) como excepción a la prohibición de exhibidores en el punto de venta, los estancos de los estados de Victoria y Australia Occidental no están sujetos a dicha prohibición; y (ii) incluso donde sí existen dichas prohibiciones en Australia, el consumidor sigue pudiendo ver e inspeccionar el producto y su envase *antes* de finalizar la operación.

c. *La palabra "injustificable" impone un criterio con múltiples factores*¹⁸

38. Según el significado del diccionario, una complicación es "injustificable" si no es lógica, razonable, adecuada ni defendible.¹⁹ Si se lee dentro de su contexto y el objeto y propósito del artículo 20, la "justificación" de una complicación debe evaluarse de acuerdo con cinco factores: (1) la naturaleza y el alcance de la complicación; (2) la importancia del objetivo que se persigue; (3) las características de las marcas de fábrica o de comercio particulares que se consideran engañan o hacen de otra forma que la gente fume; y (4) la conexión entre el objetivo y la complicación, incluida (i) el grado en el que la medida contribuye al objetivo, y (ii) si una medida alternativa realizaría la misma contribución al objetivo con un grado de complicación menor.

39. Para llegar a esta posición, la República Dominicana ha tenido en cuenta *los intereses que pretende proteger el artículo 20 y su objetivo*.²⁰ El *interés particular protegido* en virtud del artículo

¹⁶ Un signo denominativo consiste simplemente en una determinada palabra sin los elementos de diseño que forman parte de una marca de fábrica o de comercio registrada; una marca compuesta o combinada es una combinación de signos denominativos y gráficos. Las marcas compuestas incluyen signos denominativos estilizados no acompañados de otros (p. ej., un nombre comercial en un tipo determinado), así como signos denominativos estilizados que contienen otros elementos de diseño; un signo gráfico se compone exclusivamente de componentes de imagen, tales como colores, diseños o elementos gráficos.

¹⁷ Véase SCE de la RD, párrafos 128-141; respuesta de la RD a la PGE 87; PDI de la RD, párrafos 18-20.

¹⁸ Véase PCE de la RD, Sección VI.H; SCE de la RD, párrafo 142-153; respuesta de la RD a la PGE 108.

¹⁹ Véase PCE de la RD, párrafo 379.

²⁰ Respuesta de la UE a la PGE 17 dirigida a terceros, párrafo 102.

20 es "el uso de marcas de fábrica o de comercio" y el *objetivo de la estipulación en proteger* dicho interés es salvaguardar, hasta el máximo posible, la capacidad de una marca de fábrica o de comercio de cumplir su función básica de distinguir bienes o servicios, sin perjudicar la capacidad de un Miembro de lograr otros objetivos legítimos. Esta interpretación refleja la importancia que los autores conceden a la protección del uso de una marca de fábrica o de comercio, permitiéndole cumplir su función básica de distinguir bienes en función de su calidad, reputación y características.

*i. La naturaleza y el alcance de la complicación del uso*²¹

40. Al reflexionar en la disciplina expresa sobre el uso de marcas de fábrica o de comercio, un grupo especial debe determinar la naturaleza y el alcance de la interferencia en el uso y la consecuencia para la capacidad de la marca para cumplir su función básica. La naturaleza y el alcance de la complicación define el perjuicio del interés del tratado protegido (es decir, "el uso de una marca de fábrica o de comercio"), que debe ser justificable en virtud del artículo 20. Por ejemplo, la naturaleza de la complicación puede requerir una evaluación individual de las características específicas de una marca de fábrica o de comercio que motivan la decisión del Miembro de interferir en el uso. Cabe citar otro ejemplo, una complicación mínima del uso sería más justificable que una complicación grave.

41. Como se explica en el párrafo 34 anterior, las medidas de empaquetado genérico imponen *graves* complicaciones en tres categorías distintas de marcas de fábrica o de comercio. La contribución que realizan las medidas de empaquetado genérico a la reducción del tabaco debe, por tanto, ser comparable al alcance de las graves complicaciones, en cuanto tanto a la probabilidad de materializar la contribución, como al alcance de dicha contribución.

*ii. El objetivo perseguido*²²

42. Con respecto al segundo factor, las partes están de acuerdo en que una complicación debe perseguir un objetivo legítimo para ser justificable. La sección 3(1)(a) de la *Ley de empaquetado genérico* establece que el objetivo de las medidas de empaquetado genérico es reducir el número de fumadores, reduciendo la iniciación, incrementando el abandono y disminuyendo las recaídas, y reducir la exposición al humo del tabaco. La sección 3(2) de la *Ley de empaquetado genérico* establece los *medios* para lograr el objetivo, en concreto: (i) reducir el atractivo de los productos de tabaco; (ii) aumentar la efectividad de las advertencias sanitarias gráficas; y (iii) reducir la capacidad del envase destinado a la venta minorista para inducir a error a los consumidores sobre los efectos perjudiciales del tabaco.

43. La sección 3(1)(b) de la *Ley de empaquetado genérico* añade un segundo objetivo, que consiste en dar efecto a determinadas "obligaciones" de Australia como parte del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT). Sin embargo, el CMCT no "obliga" a los miembros a adoptar el empaquetado genérico. Asimismo, no es "legítimo" que un Miembro invoque una obligación establecida en un acuerdo internacional independiente para justificar la imposición de restricciones contrarias a la OMC.

*iii. La naturaleza individualizada de las marcas de fábrica o de comercio y la protección de éstas*²³

44. El tercer factor refleja la naturaleza individual de las marcas de fábrica o de comercio y la protección de éstas en virtud del *Acuerdo sobre los ADPIC* y el *Convenio de París*. Todos los aspectos de la regulación de marcas de fábrica o de comercio (registro,²⁴ protección²⁵ e

²¹ Véase PCE de la RD, párrafos 418-419; SCE de la RD, párrafos 181-204; respuesta de la RD a las PGE 64 y 108; PDI de la RD, párrafos 21-26.

²² Véase PCE de la RD, párrafos 420-425; SCE de la RD, párrafos 271-288; respuesta de la RD a la PGE 108; PDI de la RD, párrafos 38-43.

²³ Véase PCE de la RD, párrafos 394-415; SCE de la RD, párrafos 205-267; respuesta de la RD a las PGE 93, 108; comentarios de la RD sobre las respuestas de AUS a la pregunta de la RD 1; PDI de la RD, párrafos 27-36.

²⁴ *Acuerdo sobre los ADPIC*, artículo 15.

²⁵ *Acuerdo sobre los ADPIC*, artículo 16.

invalidación²⁶) proceden sobre la base de procesos individualizados que consideran los elementos específicos de una marca de fábrica o de comercio. En su guía autorizada del *Convenio de París*, Bodenhausem explica que, en la evaluación del registro y la invalidación, cada marca de fábrica o de comercio debe ser considerada "según sus méritos individuales".²⁷ De igual forma, cuando un Miembro interfiere en el *uso* de una marca de fábrica o de comercio para abordar los efectos supuestamente perjudiciales de los elementos de dicha marca (en este caso, hacer que la gente fume), debe estudiar la marca "según sus méritos individuales".²⁸ Los elementos de diseño de cada marca de fábrica o de comercio son únicos y las complicaciones impuestas por Australia se refieren a consideraciones que *varían de una marca individual a otra*: algunos elementos de diseño de algunas marcas de fábrica o de comercio pueden dar lugar a preocupaciones normativas de Australia y otros no.

45. No puede permitirse que un Miembro aproveche una decisión sobre el *uso* de una marca de fábrica o de comercio para sortear los requisitos habituales de la consideración individual aplicables a las decisiones sobre la *invalidación* de dicha marca. Si un Miembro mantiene actualmente el registro de una marca de fábrica o de comercio y, en función de "sus méritos individuales" no ha invalidado la marca porque induce a error o es contraria de otro modo a la moralidad, el Miembro no puede, en virtud del artículo 20, denegar el uso de la marca debido a sus elementos, a menos que considere la marca "según sus méritos individuales".

46. Australia también admite que nunca ha tratado de identificar qué elementos de diseño de qué marcas de fábrica o de comercio son problemáticos. Australia, por tanto, acepta que ha adoptado una medida que, por diseño, es un "mazo" normativo. Australia justifica su actuación alegando que: (i) todas las marcas de fábrica o de comercio afectadas tienen en común que son aplicables a productos de tabaco;²⁹ y (ii) existe una *posibilidad* de que sus elementos puedan ser atractivos o engañosos.³⁰ Pero ninguno de estos argumentos justifica que Australia no realice una evaluación individual. El primer argumento mezcla los elementos de un producto perjudicial y los de la marca de fábrica o de comercio. El mero hecho de que una marca de fábrica o de comercio se aplique a un producto perjudicial no significa que los elementos de dicha marca sean perjudiciales o engañosos. En lo que respecta al segundo argumento, como no tiene inconveniente en admitir Australia, *no* todos los elementos de diseño de todas las marcas de fábrica o de comercio para productos de tabaco sirven para hacer más atractivos los productos de tabaco a los consumidores. La dependencia en la *posibilidad abstracta* de que los elementos de algunas marcas de fábrica o de comercio podrían ser objeto de preocupación no es una conducta "justificable" por parte del regulador.

47. Por último, Australia argumenta que el grupo especial de *CE – Indicaciones geográficas (Estados Unidos)* rechazó la necesidad de realizar una "evaluación individualizada" en virtud del artículo 17 del *Acuerdo sobre los ADPIC*. Aunque dicho grupo especial estimara que una evaluación caso por caso no *siempre* es necesaria en virtud del artículo 17, *no* consideró que tal evaluación no fuese *nunca* necesaria. Por el contrario, al abordar los factores pertinentes en virtud del artículo 17, el grupo especial se basó en el hecho de que el Miembro regulador había realizado una evaluación individual y, por tanto, se habían respetado los intereses legítimos del titular de la marca de fábrica o de comercio.³¹

*iv. El "nexo" o conexión entre la complicación y el objetivo*³²

48. Todas las partes, Australia incluida, aceptan que debe existir un "nexo" o conexión entre la complicación y el objetivo. La discrepancia entre las partes se refiere a la naturaleza y alcance de la

²⁶ Véase, p. ej., el artículo 6quinquiesB del *Convenio de París*.

²⁷ Véase Bodenhausem (1969), Prueba documental DR-79, p. 115-118.

²⁸ Véase también Bodenhausem (1969), Prueba documental DR-79, p. 115-118.

²⁹ Véase, p. ej., PCE de AUS, párrafo 414.

³⁰ Véase, p. ej., PCE de AUS, párrafo 411.

³¹ Véase, p. ej., Informe del Grupo Especial *CE – Indicaciones geográficas (Estados Unidos)*, párrafo 7.673 ss.

³² Véase PCE de la RD, párrafos 425-427; SCE de la RD, párrafos 289-294; respuesta de la RD a la PGE 108; PDI de la RD, párrafos 44-56.

conexión necesaria. Para Australia, una complicación es "injustificable" únicamente si "no existe conexión racional" entre la complicación y el objetivo. Sin embargo, el criterio propuesto no agota las circunstancias en las que una complicación es injustificable. Por el contrario, la determinación de si existe un nexo "suficiente" debe atenerse a la evaluación de: (a) la medida de la contribución de la complicación al objetivo; y, si existe una contribución, (b) si hay medidas alternativas disponibles que realizarían una contribución equivalente (o mayor) al objetivo que, a su vez, impongan una complicación menor del uso de la marca de fábrica o de comercio.

49. La inclusión de ambos factores en la consideración de si existe un "nexo" se ve fundamentada con una lectura adecuada del artículo 20. En primer lugar, para justificar el perjuicio a la función básica de una marca de fábrica o de comercio, una complicación debe contribuir positivamente a la consecución del objetivo legítimo en cuestión. De lo contrario, no existe una base válida para interferir en el uso de una marca de fábrica o de comercio de forma que socave o frustre la función básica que en virtud de los tratados corresponde a la marca.³³ En segundo lugar, el artículo 20 exige que un Miembro dé efecto al interés en el marco del tratado que se ha comprometido a proteger (es decir, uso de una marca de fábrica o de comercio), tanto como sea posible, *sin* perjudicar la capacidad de un Miembro de contribuir al logro de otros objetivos, como la salud pública. De este modo, si hay disponible una alternativa que permitiría el uso en mayor medida de la marca de fábrica o de comercio y realizaría una contribución equivalente al logro del otro objetivo, el Miembro debe optar por dicha alternativa. Esto significa que el interés expresamente protegido del uso de las marcas de fábrica o de comercio y el logro de otro objetivo legítimo se concilian de manera justificable, defendible y razonable. La marca de fábrica o de comercio puede usarse tanto como sea posible, mientras siga adaptándose al imperativo del Miembro de contribuir a otro objetivo legítimo en la misma medida. En otras palabras, la interferencia en el uso de una marca de fábrica o de comercio no es justificable si existe una medida alternativa que pueda lograr el objetivo deseado sin perjudicar, o hacerlo en menor medida, el uso de la marca.

50. Australia rechaza la consideración tanto de la contribución como de las medidas alternativas porque estos factores forman parte de un análisis de la "necesidad". Para Australia, el criterio de "justificable" debe interpretarse en "*contraposición*" al criterio de "necesidad". Australia reconoce que "en la mayoría de los casos, existirá una serie de posibles medidas" que puedan implantarse. Sin embargo, para Australia, es justificable (lógico, razonable, adecuado o defendible) que un Miembro adopte una medida que dañe al máximo la capacidad de una marca de fábrica o de comercio de cumplir su función básica en el marco de los tratados sin ni siquiera considerar alternativas.

51. La República Dominicana no está de acuerdo en esta cuestión. El intérprete de un tratado no puede comenzar con un argumento centrado en el contexto que se basa en la suposición de que la palabra "injustificable" debe entenderse en *contraposición* a la palabra "necesidad" y, por dicha razón, excluye de forma arbitraria de la prueba de necesidad algunos elementos. El ejercicio interpretativo comienza con el significado de la palabra que realmente se utiliza: en este caso "injustificablemente". Al concentrarse en crear una oposición contextual a una prueba de necesidad, Australia no otorga a la palabra "injustificablemente" su significado habitual y no explica por qué la palabra "injustificablemente" excluye la consideración de la contribución y las alternativas. Australia y la República Dominicana coinciden en que la palabra "injustificablemente" debe ser entendida a la luz del contexto del encabezamiento del artículo XX del GATT 1994, que hace referencia a una discriminación "injustificable y arbitraria". En *CE – Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación consideró que la palabra "injustificable" en virtud del encabezado permite la consideración de una amplia gama de factores.³⁴ En otros casos, el criterio ha incluido la consideración de *medidas*

³³ Comunicación de Canadá en calidad de tercero, párrafo 87; declaración de Singapur en calidad de tercero, párrafo 16-17; respuesta de la UE a la PGE 19 dirigida a terceros, párrafo 89; respuesta de Nicaragua a la PGE 19 dirigida a terceros; respuesta de Singapur a la PGE 19 dirigida a terceros, punto primero; respuesta de Taiwán a la PGE 17 dirigida a terceros; respuesta de Uruguay a la PGE 19 dirigida a terceros.

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306.

alternativas.³⁵ Citando la jurisprudencia previa en *Estados Unidos – Gasolina*,³⁶ *Estados Unidos – Camarón*,³⁷ el grupo especial de *China – Tierras raras* consideró que "la discriminación también puede ser arbitraria o injustificable en casos en que es evitable y previsible, [es decir], cuando existan medidas alternativas que hubieran evitado o al menos reducido el trato discriminatorio".³⁸ En el encabezamiento, el término "justificable y arbitrario" desempeña una función reducida en la justificación general de una medida contraria al GATT; mientras que, en virtud del artículo 20 del *Acuerdo sobre los ADPIC*, "injustificablemente" constituye el fundamento completo sobre el que un grupo especial debe evaluar la justificación de una medida que supone una complicación.³⁹ En estas circunstancias, la palabra "justificable" del artículo 20 no puede implicar un criterio menos estricto que la misma palabra en el encabezamiento del artículo XX.

(1) *Las medidas de empaquetado genérico no contribuyen a reducir los hábitos de consumo de tabaco*

52. La República Dominicana se centra ahora en la aplicación del criterio jurídico de contribución. Los elementos de prueba de esta controversia muestran una ausencia de contribución y abarcan desde las predicciones previas a la aplicación sobre cómo funcionarían las medidas de empaquetado genérico hasta las pruebas posteriores a esta que muestran la forma en la que han funcionado realmente. La totalidad de los elementos de prueba muestra que las medidas de empaquetado genérico no contribuyen, y no lo harán, al objetivo de reducir el consumo de tabaco en Australia. Antes de pasar a resumir los elementos probatorios, la República Dominicana explica los principios utilizados para evaluar estas pruebas.

(a) *Enfoque sobre los elementos probatorios*⁴⁰

53. Las partes coinciden de forma substancial en la forma en que el Grupo Especial debería enfocar la evaluación de los elementos de prueba. En particular, parece existir un acuerdo en torno a cuatro principios: en *primer lugar*, las medidas de control de tabaco deben ser evaluadas de forma rigurosa, incluidos los elementos de prueba posteriores a la aplicación, preferiblemente utilizando distintos tipos de datos y técnicas analíticas y conforme a las teorías de comportamiento aceptadas. Este principio se encuentra formulado en el Manual para evaluar las políticas de control del tabaco del Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer de la OMS (Methods for Evaluating Tobacco Control Policies), que reconoce que una política puede no funcionar "cuando se aplica en condiciones reales".⁴¹ En *segundo lugar*, esta evaluación debe basarse en la totalidad de los elementos de prueba, tanto previos como posteriores a la aplicación. Este principio está en contra de escoger lo que más convenga de entre los datos disponibles. En *tercer lugar*, cuando los elementos de prueba previos y posteriores a la aplicación señalan en direcciones diferentes, las pruebas de lo que ha sucedido realmente son más importantes que las predicciones de lo que podría ocurrir. Australia está conforme en que resultaría "adecuado *ignorar* los elementos de prueba sobre predicciones de comportamiento si las pruebas de los comportamientos reales *contradicen* claramente dichas predicciones".⁴² Australia y los reclamantes, por tanto, se basan en los elementos de prueba posteriores a la aplicación como "comprobación de coherencia" para confirmar o rechazar las predicciones. En *cuarto lugar*, en sus respuestas al segundo conjunto de preguntas del Grupo Especial, Australia acepta que ha pasado tiempo suficiente para evaluar si las medidas de empaquetado genérico han cambiado los hábitos de consumo de tabaco.

³⁵ Respuesta de la RD a la PGE 108, párrafos 166-167, en referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, p. 26-28; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarón*, párrafo 171 e informe del Grupo Especial, *China – Tierras raras*, párrafo 7.354 y nota al pie de página 549.

³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Gasolina*, p. 25.

³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarón*, párrafo 172.

³⁸ Informe del Grupo Especial, *China – Tierras raras*, párrafo 7.354 (énfasis incluido en el original; énfasis añadido), en referencia al informe del Órgano de Apelación, *US – Gasolina*, p. 28-29.

³⁹ Véase PDI de la RD, párrafo 50. Véase también Comunicación de China en calidad de tercero, párrafo. 52.

⁴⁰ Véase Comentarios de la RP sobre la respuesta de AUS a la PGE 196, párrafos 337- 376.

⁴¹ Manual del CIIC-OMS (2008), Prueba documental DOM-368, p. 9.

⁴² Respuesta de AUS a la PGE 205, párrafo 403 (énfasis añadido).

54. A pesar de este punto en común, una importante área de discrepancia sigue siendo la forma en la que el Grupo Especial debe examinar el valor probatorio de las pruebas científicas. Para Australia, si es aceptable la *fuentes formal* de pruebas, el contenido sustantivo de dicha prueba está por encima de cualquier crítica y el Grupo Especial debe aceptarla como probatoria. La República Dominicana no está de acuerdo en esta cuestión. Además de la credibilidad de la fuente, el Grupo Especial debe evaluar si la prueba científica dispone del “rigor científico y metodológico necesario”.⁴³ Las pruebas procedentes de una fuente respetada pueden carecer del rigor científico y metodológico necesario, por ejemplo, si sus conclusiones contradicen los datos subyacentes.

(b) *Consideración de los elementos de prueba*

(i) *Pruebas posteriores a la aplicación*

55. Una evaluación objetiva de la totalidad de los elementos de prueba posteriores a la aplicación arroja una conclusión inequívoca y uniforme: las medidas de empaquetado genérico no han logrado modificar ni los antecedentes de los hábitos de consumo de tabaco ni los hábitos en sí. El único efecto sobre el comportamiento que se ha producido de manera regular es el cambio de orientación de los consumidores de cigarrillos de mayor precio a los de bajo precio.

1) *Antecedentes*⁴⁴

56. Según las previsiones de Australia y sus expertos, las medidas de empaquetado genérico pondrían en marcha una cadena causal de efectos que conducirían, a través de los tres *mecanismos* especificados en la *Ley de empaquetado genérico* (atractivo de los productos de tabaco, efectividad de las advertencias sanitarias gráficas y engaño), a cambios en los *antecedentes* posteriores del consumo de tabaco (*p. ej.*, creencias, actitudes e intenciones con respecto al consumo de tabaco) y, en última instancia, la modificación de estos antecedentes cambiaría los *hábitos de consumo de tabaco*. En su primera comunicación, Australia instaba al Grupo Especial a evaluar las medidas de empaquetado genérico a la luz de su efecto sobre los antecedentes y afirmaba que las medidas habían conducido a importantes cambios en estos.

57. Para examinar las afirmaciones de Australia, el Grupo Especial pidió la información de base a Australia y las autoridades de control del tabaco australianas que habían recopilado los datos. Pero sólo se facilitaron algunos de los datos. Se han presentado, de forma total o parcial, seis conjuntos de datos: el Estudio Nacional de Seguimiento del Empaquetado Genérico (“ENSEG”), el estudio de la ITC, el Estudio de Seguimiento de Nueva Gales del Sur (“ESNGS”), Gráficos Personales de los Paquetes (“GPP”), llamadas al Servicio de Ayuda para Dejar de Fumar y datos sobre puros. Todos los conjuntos de datos han sido elaborados por la comunidad australiana de control del tabaco y muestran los efectos reales de las medidas de empaquetado genérico sobre múltiples variables relacionadas con los mecanismos, los antecedentes posteriores y los hábitos de consumo reales. A pesar de la solicitud del Grupo Especial, el Consejo del Cáncer de Victoria (“CCV”) y el Consejo del Cáncer de Queensland se han negado a facilitar una versión con datos anónimos de los resultados del estudio realizado sobre la repercusión de las medidas de empaquetado genérico en los jóvenes australianos, el llamado Estudio Escolar (“SBS”).

58. Mediante un enfoque analítico riguroso y transparente, los expertos de la República Dominicana, los profesores Ick Ajzen, Ali Hortaçsu, John A. List y Azeem M. Shaikh (Ajzen et al.), así como el experto de Honduras, el profesor John Klick, han encontrado resultados sistemáticos en los seis conjuntos de datos. Estos resultados muestran que las medidas de empaquetado genérico, incluso combinadas con advertencias sanitarias gráficas, han fracasado en su intento por cambiar tanto los supuestos antecedentes de los hábitos de consumo de tabaco como los hábitos en sí.

⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 591.

⁴⁴ Véase Comentarios de la RP sobre la respuesta de AUS a la PGE 196, párrafos 388-435. Véase también (Primer) Informe del experto en datos, Prueba documental DOM/IDN-2; Segundo informe del experto en datos, DOM/IDN-4; (Primer) Informe de réplica del experto en datos, Prueba documental DOM/IDN-6; Segundo informe de réplica del experto en datos, Prueba documental DOM/IDN-8; Respuesta de Ajzen a las preguntas del Grupo Especial 146, 202 y 203, Prueba documental DOM/HND/IDN-6; Tercer informe de Ajzen, Prueba documental DOM/IDN-5.

59. **Conjunto de datos del ENSEG.** Para evaluar la repercusión real de las medidas de empaquetado genérico, Australia encargó un estudio a gran escala de la población australiana. Los resultados del ENSEG fueron evaluados en diversos informes publicados en abril de 2015 por el mismo grupo de autores del CCV en un número especial de la revista *Tobacco Control*. Habiendo tenido acceso a estos informes antes de su publicación, Australia se basó ampliamente en ellos en su primera comunicación presentada en marzo de 2015 para afirmar que las medidas de empaquetado genérico estaban funcionando de la forma prevista. Australia volvió a basarse en estos informes en su Revisión Posterior a la Aplicación (RPA), publicada el 26 de febrero de 2016.⁴⁵

60. Tras examinar el conjunto de datos completo del ENSEG en el procedimiento de la OMC, utilizando el código informático facilitado por los autores de los informes publicados, Ajzen et al. llegaron a una conclusión muy diferente de la de dichos autores. *En primer lugar*, Ajzen et al. detectaron que los informes de *Tobacco Control* “componían una *imagen imprecisa y engañosa* de los resultados del [ENSEG]”.⁴⁶ Por ejemplo, en los informes no se comunicaron todos los datos. Se omitieron los resultados de 28 de las 50 variables y un 89 % de los resultados no comunicados mostraban *una ausencia de repercusión del empaquetado genérico*. Asimismo, aunque distintos informes del conjunto de datos del ENSEG estaban elaborados por los mismos autores, se utilizaron distintas técnicas analíticas sin dar ninguna explicación. La elección de distintas técnicas de cada informe da una impresión inflada del número de resultados estadísticamente significativos que muestran un efecto del empaquetado genérico. Como ejemplo, Ajzen et al. detectaron que *cada uno* de los resultados a favor del empaquetado genérico comunicados en Durkin et al. (2015) *desaparecía* cuando se utilizaba en su lugar el enfoque analítico aplicado en Wakefield et al. (2015). Ajzen et al. también demostraron que las técnicas utilizadas en Durkin et al. (2015) adolecían de deficiencias fundamentales y que, cuando se corregía *cualquiera* de estas deficiencias, desaparecía la *totalidad* de los resultados a favor del empaquetado genérico.

61. *En segundo lugar*, al analizar todos los datos del ENSEG, Ajzen et al. “detectaron un patrón de resultados deficientes, por lo que se demostraba que la política había fracasado en su puesta en marcha de una hipotética cadena de efectos de Australia para cambiar los hábitos de consumo de tabaco”.⁴⁷ Incluso con respecto a la repercusión de los mecanismos, los resultados eran decepcionantes. Los cambios del envase han tenido efectos contradictorios sobre las variables de atractivo: aunque se ha reducido el atractivo del *paquete*, la repercusión se reducía hasta desaparecer conforme uno se traslada al atractivo del *producto* y de la *marca* y, posteriormente, al atractivo del *hábito de fumar*. Con respecto a la repercusión de las advertencias sanitarias gráficas, aunque la gente se fijó más en dichas advertencias de mayor tamaño, no tenía mayor conocimiento de las enfermedades causadas por el tabaco y no atribuía a dichas advertencias una mayor motivación para dejar de fumar. Por último, los cambios en el envase no han producido unos efectos duraderos en cuanto a la reducción de engaño.

62. Además, los cambios obvios en el atractivo del paquete y notoriedad de las advertencias sanitarias gráficas de mayor tamaño no han provocado *ningún* cambio duradero en los antecedentes posteriores, tales como el disfrute del tabaco, las preocupaciones por los efectos del tabaco sobre la salud, las percepciones de los riesgos para la salud de este hábito, la intención de fumar y otras variables relacionadas con dejar de fumar (pensamientos sobre dejar de fumar, fecha fija para dejar de fumar, apagar cigarrillos, cigarrillos anteriores, límite de cigarrillos, importancia de dejar de fumar, intentos para dejar de fumar, ayuda para dejar de fumar). Los intentos de dejar el tabaco incluso se redujeron de una manera estadísticamente significativa. Dados estos resultados, no sorprende que no haya ninguna repercusión en los hábitos de consumo de tabaco (consumo, abandono o recaída).

63. Al enfrentarse a estas conclusiones, la valoración de Australia sobre la relevancia del ENSEG cambió de forma drástica, al menos en el procedimiento de la OMC. Australia dejó de citar estos informes; nunca los ha defendido frente a las graves deficiencias identificadas por Ajzen et al.; yd

⁴⁵ Departamento de Sanidad del Gobierno australiano, “Revisión tras la aplicación – Empaquetado genérico del tabaco 2016” (“RTA”), Prueba documental AUS-624.

⁴⁶ Primer informe de réplica del experto en datos, Prueba documental DOM/IDN-6, párrafo 3 (énfasis añadido).

⁴⁷ Primer informe de réplica del experto en datos, Prueba documental DOM/IDN-6, párrafo 2.

nunca ha refutado las técnicas analíticas empleadas ni los resultados obtenidos por Ajzen et al. Por el contrario, la *única* respuesta de Australia fue menospreciar la calidad de su propio ENSEG, afirmando que el ENSEG, que costó a los contribuyentes australianos más de 3 millones de dólares australianos, no es adecuado para evaluar la mayoría de las variables que debía cuantificar. Cabe destacar que esta supuesta deficiencia no se mencionaba en el informe técnico que acompañaba al ENSEG, no la mencionaron los autores de los informes publicados donde se examinaban los resultados del ENSEG y tampoco lo señaló Australia cuando se basó en los resultados del ENSEG presentados en dichos informes en las fases iniciales de este procedimiento. Incluso en la RTA, donde Australia volvió a basarse en los resultados del ENSEG presentados en los informes publicados, el país no mencionó siquiera las nuevas críticas recibidas por dicho estudio. Ajzen et al. han explicado por qué el último esfuerzo de Australia por menospreciar la calidad del conjunto de datos de su ENSEG está fuera de lugar y es infundado.

64. **Conjunto de datos de la ITC.** Australia se basó en un informe publicado, Yong et al. (2015), que usa el conjunto de datos de la ITC para evaluar la repercusión de las medidas de empaquetado genérico. Aunque los autores, entre los que se encontraba el profesor Geoffrey Fong, uno de los expertos de Australia, no estaban dispuestos a proporcionar al Grupo Especial el conjunto de datos completo que habían analizado, facilitaron las partes sobre las que habían decidido informar. En su *análisis* de dicho conjunto de datos parcial, usando el mismo enfoque analítico y código informático que los autores, Ajzen et al. llegaron a una conclusión similar a la que habían llegado usando el conjunto de datos completo del ENSEG. Las medidas de empaquetado genérico han fracasado en la puesta en marcha de la cadena de efectos que se predijo en los antecedentes del consumo de tabaco e incluso han provocado una pequeña *disminución* en las intenciones de dejar de fumar y el interés por dejar de fumar. Asimismo, incluso el conjunto de datos parcial comunicado por los autores revela que el informe de Yong et al. (2015) tergiversa los datos y no informa de todos los resultados que no son favorables a las medidas de empaquetado genérico.

65. La respuesta de Australia es análoga a la respuesta que ha dado al análisis del ENSEG de Ajzen et al. Aunque el profesor Fong es coautor de Yong et al. (2015), ni él ni Australia han defendido Yong et al. (2015) frente a las graves críticas recibidas ni han refutado los resultados obtenidos por Ajzen et al. Por el contrario, la reacción de Australia, una vez más, ha sido dejar de citar este informe y menospreciar el conjunto de datos de la ITC afirmando que constituye una muestra sesgada. Ajzen et al. ha demostrado que estas críticas son incorrectas y contradicen los datos. Sorprende el hecho de que, en su RTA, Australia vuelva a basarse en los resultados de la ITC presentados en Yong et al. (2015), sin mencionar el supuesto “sesgo” de los datos ni ninguna de las deficiencias del informe identificadas por Ajzen et al.

66. **Conjunto de datos del ESNGS.** A comienzo del procedimiento, Australia también se basó en Dunlop et al. (2014), que examinaba el conjunto de datos del ESNGS de Nueva Gales del Sur. Sin embargo, se denegó la solicitud de la República Dominicana de disponer de acceso completo a este conjunto de datos y el Instituto del Cáncer de Nueva Gales del Sur (“CINSW”) proporcionó una información selectiva. En particular, el CINSW se negó a facilitar los datos en bruto de todo el estudio y proporcionó una versión censurada de su cuestionario. Ante una nueva petición, se negó a proporcionar el cuestionario completo. Honduras y sus expertos han demostrado, primero, que Dunlop et al. (2014) “seleccionaron los datos más convenientes” del ESNGS para evaluar y, segundo, que el conjunto de datos del ESNGS no muestra que las medidas de empaquetado genérico hayan aumentado la efectividad de las advertencias sanitarias gráficas o hayan modificado la intención de dejar de fumar.⁴⁸ En respuesta, tal y como hizo con los conjuntos de datos del ENSEG y la ITC, Australia, una vez más, optó por menospreciar la calidad y la relevancia del conjunto de datos al afirmar que supuestas limitaciones del conjunto de datos del ESNGS eran de tal gravedad que “plantea[ba]n dudas sobre las conclusiones extraídas de los análisis que utilizan estos datos”.⁴⁹ No obstante, en su RTA, Australia vuelve a basarse en Dunlop et al. (2014), sin menospreciar el conjunto de datos del ESNGS.

⁴⁸Segundo informe de réplica complementario de Klick, Prueba documental HND-165, párrafo 57.

⁴⁹Informe pericial complementario de F. Chaloupka, Prueba documental AUS-590, párrafo 24.

67. Llamadas la línea de ayuda para dejar de fumar y gráficos personales de los paquetes.

Australia se ha basado en informes publicados que utilizan los datos sobre llamadas reales a la línea de ayuda para dejar de fumar (Quitline) (Young et al. (2014)) y sobre gráficos personales de los paquetes (GPP) (Zacher et al. (2015)). Con referencia a Young et al. (2014), Australia ha afirmado que las medidas de empaquetado genérico han conducido a un aumento sostenido de las llamadas a la línea de ayuda para dejar de fumar y, con referencia a Zacher et al. (2015), ha afirmado que existe un comportamiento continuado de evasión de los gráficos del paquete (*es decir*, personas que adoptan medidas para evitar ver las truculentas advertencias sanitarias gráficas). Sin embargo, Australia falsea de forma sistemática los resultados de estos informes e ignora el desgaste de los efectos del empaquetado genérico.

68. Young et al. (2014) detectaron que las llamadas a la línea de ayuda se dispararon en un principio tras la introducción de las medidas de empaquetado genérico, pero descendieron rápidamente a los niveles previos a la aplicación. Ajzen et al. confirmaron estos resultados. De igual forma, Zacher et al. (2015) constataron que hubo un aumento inicial en los comportamientos para evadir los gráficos del paquete, pero que estos efectos tampoco duraron, conforme a lo previsto tal y como afirmaron los autores. Nuevamente, Ajzen et al. confirmaron estas conclusiones. El único efecto que sigue observándose un año después de la aplicación ha sido un ligero descenso de los hábitos de fumar en el exterior en una selección de lugares de dos ciudades. Sin embargo, Zacher et al. (2015) explicaron correctamente que este descenso no podía generalizarse a toda la población ni vincularse a las medidas de empaquetado genérico porque podría deberse a múltiples factores inconexos que el análisis no controlaba.

69. **Conjunto de datos sobre puros.** En un estudio individual de Miller et al. (2015) publicado en un número especial de *Tobacco Control* se evaluaban los efectos de las medidas de empaquetado genérico sobre el consumo de puros. Ajzen et al. tuvieron acceso al conjunto de datos completo y detectaron que el estudio adolecía de graves deficiencias metodológicas. Además, Ajzen et al. explicaron que el conjunto de datos muestra, si acaso, que las medidas de empaquetado genérico no han puesto en marcha la cadena de efectos que se preveía que lograra un cambio en el consumo de puros. Australia y sus expertos han decidido no refutar ninguno de estos argumentos e ignorar simplemente las conclusiones extraídas.

70. **Estudio Escolar (SBS).** Para evaluar la repercusión de las medidas de empaquetado genérico sobre los jóvenes, Australia encargó la realización del SBS. El conjunto de datos del SBS conforma la base de dos informes publicados en el número especial de *Tobacco Control*: White, Williams y Wakefield (2015), y White et al. (2015). Como Australia se basó en estos informes, el Grupo Especial solicitó los datos subyacentes en formato anónimo. Sin embargo, los autores, las entidades a las que Australia encargó la realización del estudio y Australia misma se negaron a facilitar los datos, a pesar de la protección mediante procedimientos especiales de confidencialidad de los que iban a ser objeto. No se ha proporcionado ninguna base válida que justifique esta negativa. En la UE y EE. UU. están a disposición *pública* datos similares sobre el consumo de tabaco de los jóvenes.⁵⁰ Australia no ha proporcionado respuesta alguna a estos argumentos.

71. Al no tener acceso a los datos, es imposible efectuar una valoración objetiva de las conclusiones a las que se llegan en ambos informes. Para poner de relieve la necesidad de acceder a los datos subyacentes, la República Dominicana recuerda que, al haber tenido acceso a los conjuntos de datos del ENSEG y la ITC, Ajzen et al. han demostrado que los análisis publicados de dichos datos proporcionan una "imagen imprecisa y engañosa" de estos. En su RTA, Australia también reconoce la importancia crítica de tener acceso a los conjuntos de datos subyacentes para poder verificar las conclusiones afirmadas en función de dichos datos.⁵¹ Con respecto a los datos del SBS, incluso sin la posibilidad de evaluar los conjuntos de datos subyacentes, tal y como se resume en los apartados 92-

⁵⁰ Respuesta de la RD a la PGE 134 y nota a pie de página 10.

⁵¹ Australia rechaza algunas afirmaciones realizadas en las consultas de la RTA porque los datos subyacentes "no habían sido facilitados y no estaban a disposición pública". Por tanto, afirmó "el Departamento no puede verificar las afirmaciones realizadas en relación con este conjunto de datos". RTA de Australia, Prueba documental AUS-624, párrafos 136 y 138.

93 siguientes, la selección de resultados que los autores han decidido publicar muestra unos resultados decepcionantes y apoya la posición de los reclamantes.

2) *Hábitos de consumo de tabaco: prevalencia, consumo y productos de bajo precio*⁵²

72. Los reclamantes y sus expertos han analizado la gran profusión de datos empíricos registrados sobre el funcionamiento del empaquetado genérico en los tres años posteriores a su aplicación. Han detectado que estas medidas no son efectivas en la reducción del consumo de tabaco, sino que, por el contrario, han provocado un deterioro del comercio, de cigarrillos de mayor precio a los de menor precio.

73. Para realizar estos análisis, los reclamantes han confiado en la pericia de diversos expertos: el profesor John List; los profesores David Afshartous, Marcus Hagedorn, Ashok Kaul y Michael Wolf (de forma colectiva “IPE”); y el profesor John Klick. Al aplicar enfoques metodológicos complementarios a los múltiples conjuntos de datos, los expertos de los reclamantes han evaluado los efectos de las medidas de empaquetado genérico sobre diversos parámetros importantes: prevalencia del tabaco; venta de tabaco (como aproximación al cálculo del consumo de tabaco); incidencia del tabaco (proporción de fumadores que han dejado de fumar durante el periodo de un estudio); y cambio de orientación del consumo de productos de tabaco de los de mayor precio a los de bajo precio.

74. En la realización de sus valoraciones, los expertos han seguido los principios fundamentales de la investigación científica. Para garantizar que sus conclusiones no son instrumentos de ningún dato ni modelo particular, los expertos han elaborado siete tipos distintos de métodos empíricos y han utilizado siete conjuntos de datos, con los que han comunicado resultados en una amplia gama de especificaciones y han implantado diversas comprobaciones rigurosas. La Tabla 1 siguiente resume el planteamiento de los reclamantes sobre los datos empíricos posteriores a la aplicación en relación con los hábitos de consumo de tabaco (prevalencia, consumo y orientación hacia productos de bajo precio). Como se muestra en la Tabla 1, los reclamantes han llegado a sus resultados mediante: (i) la utilización de todos los conjuntos de datos disponibles que comunican parámetros relevantes de comportamiento;⁵³ (ii) el abarcamiento de distintos productos de tabaco; (iii) el abarcamiento de subgrupos de población relevantes; y (iv) la utilización de multitud de métodos empíricos complementarios y consolidados. Asimismo, los reclamantes han evaluado fechas de comienzo alternativas del empaquetado genérico. Por último, de conformidad con los principios de investigación científica, los expertos han aceptado las críticas constructivas de sus homólogos. En un intento por mejorar la calidad del análisis, han respondido a las críticas de los expertos de Australia realizando ajustes a los principios en los que se basaban sus enfoques.

⁵² Véase Comentarios de la RP sobre la respuesta de AUS a la PGE 196, párrafos 436-539. Véase también Informe de IPE, DR-100; Actualización del Informe de IPE, Prueba documental DOM-303; Segunda actualización del Informe de IPE, Prueba documental DOM-361; Tercera actualización del Informe de IPE, Prueba documental DOM-375; Informe complementario de List, Prueba documental DOM/IDN-3; Presentación del profesor List en la PA, Apéndice 2 de la PDI de la RP; Presentación del profesor List en la SA, Apéndice 2 de la SDI de la RD.

⁵³ Los reclamantes han analizado los mejores conjuntos de datos disponibles, incluidas las encuestas transversales a largo plazo sobre la prevalencia y la incidencia del tabaco (RMSS y la encuesta de investigación Roy Morgan del profesor Klick); datos de venta mayorista que abarcan todo el mercado australiano (IMS), como aproximación al cálculo del consumo de tabaco; y bases de datos minoristas que registran las ventas reales a consumidores finales (Nielsen y Aztec), como otra aproximación al cálculo del consumo de tabaco; datos mayoristas que abarcan todo el mercado de Nueva Zelanda (EOS), como aproximación al cálculo del consumo de tabaco; y bases de datos minoristas que registran las ventas reales a consumidores finales (Nielsen), como otra aproximación al cálculo del consumo de tabaco.

Tabla 1: Planteamiento de los reclamantes sobre los elementos de prueba posteriores a la aplicación en relación con los hábitos de consumo de tabaco

Parámetro	Conjunto de datos	Medida	Subgrupo	Análisis	Resultado
Prevalencia	RMSS	Prevalencia	Todos	Análisis de tendencias estadísticas	Ningún efecto del EG
				Serie temporal de regresión	Ningún efecto del EG
				ARIMA	Ningún efecto del EG
				Primera experiencia micro-econométrica	Ningún efecto del EG
				Segunda experiencia micro-econométrica	Ningún efecto del EG
	RMSS	Prevalencia	Menores	Análisis de tendencia estadística	Ningún efecto del EG
				Segunda experiencia micro-econométrica	Ningún efecto del EG
	RMSS	Prevalencia	Adultos jóvenes	Análisis de tendencia estadística	Ningún efecto del EG
				Segunda experiencia micro-econométrica	Ningún efecto del EG
	RMSS	Prevalencia	Menores y adultos jóvenes	Segunda experiencia micro-econométrica	Ningún efecto del EG
RMSS	Prevalencia de puros	Todos	Regresión cronológica	Ningún efecto del EG	
			ARIMA	Ningún efecto del EG	
Incidencia en el tabaquismo	Roy Morgan	Prevalencia	Todos	Estimación de la diferencia	Ningún efecto del EG
Ventas	IMS	Consumo	Todos	Regresión cronológica	Ningún efecto del EG
				ARIMA	Ningún efecto del EG
				Análisis de evento	Ningún efecto del EG
	Aztec	Consumo	Todos	Regresión cronológica	Ningún efecto del EG
				ARIMA	Ningún efecto del EG
				Análisis de evento	Ningún efecto del EG
	Nielsen	Consumo	Todos	Regresión cronológica	Ningún efecto del EG
				ARIMA	Ningún efecto del EG
				Estimación de la diferencia	Ningún efecto del EG
	EOS	Consumo	Todos	Estimación de la diferencia	Ningún efecto del EG
Diminución de precios	IMS	Consumo	Todos	Regresión cronológica	Efecto de disminución de precio
				ARIMA	Efecto de disminución de precio
				Estudio	Efecto de disminución de precio
	RMSS	Prevalencia	Todos	Primera experiencia micro-econométrica	Efecto de disminución de precio
	Aztec	Consumo	Todos	Regresión cronológica	Efecto de disminución de precio
				ARIMA	Efecto de disminución de precio
			Análisis de evento	Efecto de disminución de precio	

75. Hasta la segunda audiencia, Australia y sus expertos insistieron en que no había pasado tiempo suficiente para detectar un efecto sobre los hábitos de consumo de tabaco. Sin embargo, para hacer frente a los decepcionantes resultados sobre los antecedentes, Australia y sus expertos han cambiado repentinamente la forma de proceder al afirmar que, basándose en el análisis de la Dra. Chipty, se ha detectado un efecto estadísticamente significativo del empaquetado genérico sobre los hábitos de consumo de tabaco. Australia, por tanto, ha instado al Grupo Especial a evaluar el empaquetado genérico a la luz de su repercusión sobre los hábitos reales de consumo de tabaco, “a pesar de” los elementos de prueba sobre los antecedentes.⁵⁴ Se trata de un extraordinario giro de 180° respecto a un criterio en sólo un periodo de cuatro meses.

76. Asimismo, los pocos resultados favorables de la Dra. Chipty se desacreditan debido, al menos, a cuatro errores metodológicos de importancia fundamental. Al corregirlos, uno cada vez o todos al mismo tiempo, se invierten los resultados de la Dra. Chipty. *En primer lugar*, aunque el otro experto de Australia, el profesor Scharfstein, consideró este enfoque incorrecto, la Dra. Chipty utiliza una tendencia lineal única e ininterrumpida durante todo el periodo 2001-2015. De esta forma introduce una especificación errónea fundamental al no controlar las interrupciones de la tendencia secular del

⁵⁴ Respuesta de AUS a la PGE 196, párrafo 238.

consumo de tabaco con el paso del tiempo. *En segundo lugar*, aunque la Dra. Chipty está de acuerdo en la necesidad de una “muestra representativa a escala nacional”, se niega a controlar ejemplos importantes de reponderación de la muestra, llevada a cabo por el mismo Estudio Roy Morgan, para garantizar que la muestra siga siendo representativa de la población australiana. *En tercer lugar*, la Dra. Chipty insiste en el uso de *variables fiscales ficticias* como variable de control del coste del tabaco y rechaza variables de control superiores, como los precios reales o los niveles impositivos, a pesar del hecho de que estas variables realizan un seguimiento mucho más exhaustivo del aumento del coste del tabaco. El enfoque de la Dra. Chipty explica sólo el 60 por ciento del aumento total del impuesto especial e incluso un porcentaje menor del aumento total del precio. *En cuarto lugar*, al calcular los errores estándar, el enfoque de la Dra. Chipty no cumple las normas científicamente adecuadas aplicadas por los expertos de los reclamantes. El enfoque de la Dra. Chipty produce “falsos positivos” (es decir, informa de un efecto del empaquetado genérico cuando la realidad es que no hay ninguno) con una frecuencia casi *cuatro veces superior* al enfoque utilizado por los expertos de los reclamantes.

77. Durante todo este procedimiento, la Dra. Chipty no ha sido sistemática en su elección de modelos. Por ejemplo, su conclusión de un efecto del empaquetado genérico al realizar la modificación que exige el modelo en dos fases del profesor List, entre otras cosas, un periodo de observación acortado (2006-2015) y el uso de *precios* como variable de control del precio del tabaco. Sin embargo, en la modificación de los modelos de IPE, la Dra. Chipty utiliza un periodo de observación ampliado (2001-2015) y rechaza explícitamente los precios como variable de control en favor de las *variables fiscales ficticias*. Por tanto, la única sistematicidad del enfoque de la Dra. Chipty es su aplicación de cualesquiera combinación de opciones de modelos que le permita constatar un efecto del empaquetado genérico.

78. La Dra. Chipty ha defendido sistemáticamente que los modelos econométricos de los hábitos de consumo de tabaco contienen errores si *no* constatan que el aumento de los impuestos especiales provoca una *reducción* estadísticamente significativa de la prevalencia y el consumo. La Dra. Chipty ha descrito en repetidas ocasiones como “*absurdo*” cualquier resultado de un modelo que sugiera que un aumento fiscal provoca un *incremento* de la prevalencia y el consumo.⁵⁵ Sin embargo, en sus dos informes finales de este procedimiento, la Dra. Chipty obtuvo ella misma, aunque no informó de ello, precisamente un resultado “*absurdo*”: un coeficiente *positivo* estadísticamente significativo para el aumento de los impuestos especiales de 2013. La República Dominicana ha demostrado que este resultado “absurdo” es fundamental para su conclusión de que las medidas de empaquetado genérico reducen el consumo.

79. Por último, la República Dominicana señala que Australia encargó a la Dra. Chipty que elaborase un nuevo informe para su RTA, utilizando el conjunto de datos del RMSS que ya conoce el Grupo Especial. El Informe para la RTA de la Dra. Chipty ofrece una evaluación errónea y engañosa basada en una selección limitada e interesada de los conjuntos de datos, parámetros de comportamiento y metodologías presentadas en el procedimiento de la OMC. Convenientemente, Australia no menciona en la RTA que el análisis para la RTA de la Dra. Chipty, reciclado en gran parte del procedimiento de la OMC con unos cuantos novedosos ajustes, ha sido objeto de minuciosas críticas por parte de los expertos de los reclamantes, en lo que respecta, por ejemplo, a su ausencia de control de las interrupciones de la tendencia secular de los hábitos de consumo o la reponderación. El informe para la RTA de la Dra. Chipty ignora en su totalidad estas críticas. La República Dominicana ha demostrado ante la OMC que si se corrigen estos defectos se invierten los resultados de la Dra. Chipty sobre los efectos del empaquetado genérico. Asimismo, la República Dominicana ha identificado contradicciones importantes entre el trabajo para la OMC de la Dra. Chipty y su informe para la RTA, lo cual ha dejado sin explicar.

⁵⁵Informe pericial complementario de T. Chipty, Prueba documental AUS-535, párrafo 39; Informe pericial complementario de T. Chipty, Prueba documental AUS-586, párrafo 33a; Informe pericial complementario de T. Chipty, Prueba documental AUS-605, nota a pie de página 45.

3) Revisión tras la aplicación (RTA) de Australia

80. El 26 de febrero de 2016, Australia presentó su RTA de las medidas de empaquetado genérico para evaluar la efectividad de estas.⁵⁶ En las Directrices sobre la RTA de Australia se afirma que los elementos de prueba en una RTA deben "recopilarse de forma *rigurosa* y presentarse de *manera equilibrada*".⁵⁷

81. Sin embargo, Australia no se atiene a sus directrices y proporciona una impresión de los elementos de prueba partidista y engañosa. Australia recicla su propio argumento inicial y elementos de prueba presentados al Grupo Especial sin abordar los graves defectos identificados en ellos. De hecho, la descripción de Australia de los elementos de prueba en la RTA con frecuencia no puede conciliarse con las últimas posiciones adoptadas por el país ante la OMC, y en ocasiones incluso las contradice. Por ejemplo, aunque Australia ha menospreciado ante la OMC los conjuntos de datos del ENSEG y la ITC, ha vuelto a basarse en ellos en la RTA.

82. Como respuesta, Australia afirmó que los elementos de prueba abordados en la RTA son más limitados que los abordados ante la OMC.⁵⁸ Esto no explica los motivos por los que Australia evaluó los elementos de prueba de una forma ante la OMC y de otra en la RTA. En cualquier caso, en la RTA se abordan prácticamente todos los conjuntos de datos que están siendo examinados por el Grupo Especial.⁵⁹ Con su propio acceso a estos datos, Australia podría haber realizado una revisión "rigurosa" y "equilibrada" (p. ej., en vez de perpetuar los errores presentes en los informes de *Tobacco Control*, Australia podría haber analizado el conjunto de datos completo del ENSEG usando técnicas que no contuviesen fallos ni incongruencias). Sorprendentemente, Australia incluso insta al Grupo Especial a ignorar su RTA en favor de su argumento y elementos de prueba ante la OMC. Sin embargo, el Grupo Especial debe evaluar todos los elementos de prueba que tiene ante sí, incluida la RTA.

(ii) Elementos de prueba que predicen los efectos de las medidas de empaquetado genérico

1) Investigación del empaquetado genérico antes de la aplicación⁶⁰

83. Australia se basa en un conjunto de informes que pretendían predecir la repercusión del empaquetado genérico usando unos hipotéticos paquetes genéricos en un contexto de investigación. Estos estudios sugerían que las medidas de empaquetado genérico tendrían una repercusión casi inmediata en factores tales como el conocimiento de los riesgos para la salud, las intenciones para dejar de fumar y los hábitos de consumo de tabaco. Nada de esto ha ocurrido en un contexto real.

84. Para evaluar el rigor científico de estos informes, la República Dominicana y Honduras han encargado dos revisiones independientes. *En primer lugar*, en el Proyecto de revisión por homólogos, se sometió cada uno de los informes al examen de dos revisores independientes, que reprodujeron el proceso de revisión real seguido en destacadas publicaciones en el campo del comportamiento de los consumidores.⁶¹ *En segundo lugar*, mediante una actual herramienta de evaluación, un grupo

⁵⁶ RTA, Prueba documental AUS-624.

⁵⁷ Directrices sobre la RTA, p. 5 (énfasis añadido).

⁵⁸ Véase Misiva de Australia al Grupo Especial (22 de marzo de 2016).

⁵⁹ Australia ha afirmado anteriormente que "los elementos de prueba disponibles para su examen en la revisión posterior a la aplicación son necesariamente *más limitados* que los puestos a disposición del Grupo Especial encargado de esta controversia [...]". Véase Respuesta de Australia a la pregunta del Grupo Especial 149, párrafo 34 (énfasis añadido).

⁶⁰ Véase Comentarios de la RP sobre la respuesta de AUS a la PGE 196, párrafos 540-581. Véase también los siguientes informes periciales: Proyecto de revisión por homólogos, Prueba documental DR/HON-3; Informe de réplica de la revisión por homólogos, Prueba documental DOM/HND-17; Segundo informe de réplica de la revisión por homólogos, Prueba documental DOM/HND-17; Revisión sistemática, Prueba documental DOM/HON-4 Informe de réplica de la revisión sistemática, Prueba documental DOM/HND-13; Segundo informe de réplica de la revisión sistemática, Prueba documental DOM/HND-18.

⁶¹ El profesor Jeff Inman (Universidad de Pittsburgh) ejerció de directo a cargo de un equipo de seis revisores compuesto por: el profesor Marc Fischer (Universidad de Mannheim), el profesor Rik Pieters (Universidad de

independiente de expertos en metodología de investigación social realizó una revisión sistemática.⁶² Ambos grupos llegaron a una conclusión congruente: la documentación sobre empaquetado genérico adolece de errores graves y prolongados de forma que no constituye una base de investigación fiable para la política pública. Para ambas revisiones, se puso a disposición de Australia la detallada evaluación de cada informe sobre empaquetado genérico.

85. Australia proporcionó una respuesta limitada a ambos conjuntos de revisiones. Con respecto a los diversos defectos sobre los que inicialmente habló el profesor Fong, nunca abordó las respuestas proporcionadas por los equipos de la Revisión sistemática y la Revisión por homólogos, que ponían de relieve que las respuestas del profesor Fong eran selectivas, incorrectas y engañosas. En cuanto a la gran mayoría de los estudios sobre el empaquetado genérico, Australia y sus expertos simplemente ignoraron las críticas. Al mismo tiempo, continuaron basándose en los estudios, incluida la RTA, como si no fuesen conscientes de la grave preocupación suscitada en torno a su fiabilidad científica.

86. En vez de contestar a las críticas, Australia y el profesor Fong adujeron que los informes deben evaluarse conforme a normas científicas menos rigurosas e incluso que deben estar exentos de críticas porque han sido "revisados por homólogos". Ambos argumentos no son convincentes. *En primer lugar*, el profesor Fong no ha explicado en absoluto *por qué* los estudios sobre el control del tabaco deben atenerse a normas científicas menos rigurosas que cualquier otra área de las ciencias sociales; y, en el caso de que así fuese, *cuáles* de las normas científicas básicas considera que pueden infringirse en la investigación del control del tabaco. *En segundo lugar*, la fiabilidad del proceso de revisión por homólogos está reconocida tanto dentro como fuera del mundo científico. Los hechos que se han sometido al Grupo Especial lo confirman. Ajzen et al. han demostrado, por ejemplo, que, a pesar de la revisión realizada por homólogos, los informes basados en el ENSEG de *Tobacco Control* no son fiables.

87. En un último intento por desviar la atención de los defectos de los informes, Australia y sus expertos insisten en que debe confiarse en la dirección general de la documentación sobre el empaquetado genérico, independientemente de los fallos sistemáticos y prolongados. El enfoque de Australia infringe el principio generalmente aceptado de que cualquier revisión adecuada de literatura comienza con una evaluación de la calidad de los estudios relevantes. Como han afirmado los expertos de la República Dominicana, este enfoque es fundamental porque "si los cimientos son defectuosos, la casa no se mantiene".⁶³ De hecho, la convergencia puede ser el resultado de los defectos de los estudios subyacentes, incluidos los defectos sistemáticos del tipo identificado en los estudios sobre empaquetado genérico, que orientan los resultados hacia una dirección.

88. La completa divergencia entre la repercusión prevista y la real del empaquetado genérico confirma que los "cimientos" previos a la aplicación del empaquetado genérico sobre los que se basaba la política eran, de hecho "defectuosos". Los informes sobrestimaron ampliamente el efecto del empaquetado genérico sobre los tres mecanismos, sobre los antecedentes posteriores y sobre los hábitos de consumo de tabaco. Es significativo el hecho de que ninguno de los informes sobre el empaquetado genérico predijera correctamente que este no tendría efecto alguno sobre los antecedentes fundamentales ni sobre los hábitos de consumo de tabaco reales de Australia.

Tilburg), la profesora Debra Ringold (Universidad de Willamette), el profesor Alan Sawyer (Universidad de Florida), el profesor Luk Warlop (KU Leuven) y el profesor Klaus Wertenbroch (INSEAD).

⁶² La Revisión sistemática estuvo dirigida por Jos Kleijnen, director de Kleijnen Systematic Reviews, que contó con el apoyo del profesor Alan Bryman (Universidad de Leicester) y el profesor Michael Bosnjak (Universidad de Mannheim).

⁶³ Segundo informe de réplica de la revisión sistemática, Prueba documental HND-18, párrafo 4.

2) *Iniciación*⁶⁴

89. Para entender los hábitos de consumo de tabaco de los jóvenes, la República Dominicana consultó al profesor Laurence Steinberg, una destacada autoridad en comportamientos de riesgo en adolescentes. Según su explicación, como resultado del desarrollo del cerebro, los adolescentes son especialmente sensibles a las recompensas (corto plazo) (p. ej., estatus social) y dan menos importancia a los costes (largo plazo) (p. ej., riesgos para la salud). Por tanto, aunque son conscientes de los riesgos, los adolescentes se sienten atraídos por los comportamientos de riesgo (como fumar) asociados a la edad adulta debido a las recompensas sociales de los compañeros que participan en el mismo *comportamiento* y no debido a ninguna característica del *paquete*.

90. Los expertos de Australia (los profesores Slovic y Biglan) han manifestado su conformidad con la opinión del profesor Steinberg en lo que respecta a los factores que influyen en la iniciación de los jóvenes, incluido que los jóvenes son más propensos a participar en comportamientos de riesgo (como fumar); que "es muy improbable que un adolescente que esté interesado en fumar rechace un cigarrillo de un amigo debido al paquete";⁶⁵ y que "los jóvenes no prestan atención a la información sobre los riesgos".⁶⁶

91. A pesar de este acuerdo, Australia y sus expertos mantienen que las medidas de empaquetado genérico reducirán la iniciación al tabaco entre los adolescentes al *eliminar el atractivo* (las llamadas "percepciones y asociaciones positivas"⁶⁷ o "un afecto positivo fuerte"⁶⁸) creado por los elementos de diseño del paquete y al *aumentar el conocimiento* sobre los riesgos que el tabaco representa para la salud. Sin embargo, como han explicado los profesores Steinberg y Ajzen, los resultados publicados del SBS de Australia contradicen ambos argumentos, una contradicción que no han abordado los expertos de Australia.

92. *Primero*, White, Williams y Wakefield (2015) mostraron que el empaquetado de marca, anterior al empaquetado genérico, (con un 30% de advertencias sanitarias gráficas) no creaba ninguna de las supuestas percepciones positivas. Al contrario, *antes del empaquetado genérico*, los paquetes de marca de Australia, incluidas las marcas más populares entre adolescentes, eran vistos como *poco* atractivos con asociaciones *negativas* ("feo", "pasado de moda", "ordinario" y "desagradable"). Por tanto, el empaquetado *de marca* anterior al empaquetado genérico ya creaba precisamente las asociaciones negativas para las que Australia consideró necesario introducir el empaquetado *genérico*. Los resultados del SBS publicados muestran que, a pesar de los cambios en el paquete, las calificaciones sobre el atractivo ya de por sí negativo han pasado a ser solo *ligeramente* más negativas.

93. *Segundo*, los cambios en el paquete no han aumentado los ya altos niveles de concienciación sobre los riesgos del tabaco para la salud, ni han inducido a los adolescentes a leer o pensar más en las advertencias, reducir el consumo o plantearse el dejarlo en mayor medida (White et al. (2015)).

94. Cuando se enfrentó a estos resultados, Australia criticó a los expertos de la República Dominicana por centrarse indebidamente en los resultados publicados de los datos del SBS, incluso aunque se trate del único conjunto de datos encargado por Australia para evaluar la repercusión de las medidas de empaquetado genérico en adolescentes.⁶⁹

⁶⁴ Véase Comentarios de la RP sobre la respuesta de AUS a la PGE 196, párrafos 582-610. Véase también Informe sobre iniciación de Steinberg, Prueba documental DR/HON-6; Informe de réplica de Steinberg, Prueba documental DR/HON-10; Tercer informe de Steinberg, Prueba documental DOM/HND-15; (Steinberg) Respuesta a la pregunta del Grupo Especial 159, Prueba documental DOM/HND-20.

⁶⁵ Informe pericial de P. Slovic, Prueba documental AUS-12, párrafo 111.

⁶⁶ Informe pericial de P. Slovic, Prueba documental AUS-12, párrafo 110.

⁶⁷ PCE de AUS, párrafos 8, 157, 158.

⁶⁸ Informe pericial de P. Slovic, Prueba documental AUS-12, párrafos 13 y 83 (afecto positivo fuerte), 14, 104 y 111 (distinción); Segundo informe pericial de P. Slovic, Prueba documental AUS-532, párrafos 3 (afecto positivo fuerte), 4, 85 y 87 (distinción, diseñado para ser popular).

⁶⁹ Respuesta de AUS a la PGE 196, párrafo 268, (b), (c).

3) Abandono y recaída⁷⁰

95. Para entender los comportamientos relativos al abandono y la recaída, la República Dominicana consultó a la profesora Gabriele Fischer, psiquiatra y directora médica de la clínica de adicciones de la Universidad Médica de Viena. Según ha explicado, existe documentación sólida sobre los factores que impulsan los comportamientos de abandono y recaída, entre los que no se encuentra el diseño del empaquetado destinado a la venta minorista. El abandono se ve motivado principalmente por factores tales como la preocupación por la salud, la confianza en las capacidades propias, la motivación para dejar de fumar y la baja dependencia del tabaco. La recaída suele asociarse a emociones negativas, el estrés por las circunstancias y la dependencia del tabaco.

96. El experto de Australia, el Dr. Brandon, no está de acuerdo porque, en su opinión, el empaquetado genérico es un *estímulo más débil* que los paquetes de marca. Reconoce que este argumento carece de apoyo empírico, pero considera que los paquetes genéricos llaman *menos* la atención de los fumadores y su contingencia al tabaco es *menor* que los paquetes de marca.

97. El profesor Fischer explica por qué este argumento carece de fundamento. La *propia* labor de investigación del Dr. Brandon constata que los objetos sin marca y poco atractivos (como los cigarrillos sin marca, ceniceros, cerillas e incluso el tabaco ambiental) llaman *mucho la atención* y son *muy contingentes* a la liberación de nicotina. El Dr. Brandon ha explicado que en gran medida los cigarrillos *sin marca* son los que tienen un estímulo *más fuerte*. Asimismo, el estudio realizado sobre la reactividad a las señales o estímulos confirma que hacer más "personales" estas señales (por ejemplo, mediante la marca) *no* aumenta la fuerza de los estímulos. A pesar de haber dispuesto de numerosas oportunidades, el Dr. Brandon optó por no responder nunca a estos argumentos.

98. Como explica el profesor Fischer, todos los paquetes, independientemente de su apariencia, son objeto del mismo proceso de condicionamiento entre los fumadores y mantienen la misma estrecha relación con el hábito de fumar. Tras un breve periodo de adaptación por parte de los fumadores, los paquetes con el nuevo diseño adquieren el mismo estatus de estímulo que los paquetes anteriores. Los elementos de prueba posteriores a la aplicación están en consonancia con las predicciones del Dr. Fischer y contradicen las del Dr. Brandon. Los nuevos paquetes de Australia no tienen ninguna repercusión en los antecedentes del tabaco ni sobre el abandono y recaídas reales. En un principio se registró un aumento brusco de las llamadas a la línea de ayuda para dejar de fumar (Quitline). Sin embargo, de forma coherente con la postura del profesor Fischer, cuando los fumadores se han familiarizado con los cambios del paquete, el efecto inicial desaparece rápidamente.

4) Marketing⁷¹

99. El experto en marketing de la República Dominicana, el profesor Jan-Benedict Steenkamp, predijo que las medidas de empaquetado genérico no tendrían ninguna repercusión sobre la prevalencia y el consumo de tabaco: por el contrario, la eliminación de la marca reduciría la diferenciación de los productos en el mercado, lo que reduciría la fidelidad de los consumidores a una marca y cabría la posibilidad de que aumentase el cambio de marca a productos más baratos.

100. Australia y sus expertos, los profesores Tavassoli y Dubé, no están de acuerdo. Argumentan que las medidas de empaquetado genérico tendrán una gran repercusión en la prevalencia y el consumo. El profesor Tavassoli predijo que *no* se produciría ningún efecto de cambio de marca, aunque el profesor Dubé se negó a realizar ninguna predicción al respecto. Su predicción de la inevitable caída de la demanda principal se basa en una analogía entre la publicidad de los medios de comunicación tradicionales y el empaquetado genérico de Australia.

⁷⁰ Véase Comentarios de la RP sobre la respuesta de AUS a la PGE 196, párrafos 611-628. Véase también Informe sobre abandono y recaída de Fischer, Prueba documental DR/HON-7; Informe de réplica de Fischer, Prueba documental DR/HON-11, Tercer informe de Fischer, Prueba documental DOM/HON-18.

⁷¹ Véase Comentarios de la RP sobre la respuesta de Australia a la PGE 196, párrafos 629-641. Véase también los siguientes informes periciales: Informe sobre marcas de Steenkamp, Prueba documental DR/HON-5; Informe de réplica de Steenkamp, Prueba documental DOM/HND-14; Segundo informe de réplica de Steenkamp, Prueba documental DOM/HND-19.

101. El profesor Steenkamp explicó los motivos por los que el empaquetado destinado a la venta minorista, en particular el empaquetado de Australia, donde predominan las repulsivas advertencias sanitarias gráficas de gran tamaño, no puede equipararse con la publicidad tradicional.⁷² El experto en marketing de Australia, el profesor Dubé, parece estar de acuerdo. Según explicó, la publicidad tradicional y el empaquetado son distintos y se usan en un "contexto diferente", asimismo, afirmó que no conoce "ninguna prueba" de que la repercusión de la publicidad sobre el consumo "presente una analogía adecuada con los probables efectos del empaquetado genérico del tabaco".⁷³

102. Las evaluaciones de las repercusiones del empaquetado genérico por parte de la comunidad de control del tabaco, incluidos los informes de la Dirección General de Salud Pública de EE. UU., confirman que los efectos de la publicidad tradicional y el empaquetado sobre la demanda de consumo sencillamente no pueden equipararse. En vez de extraer conclusiones basadas en las repercusiones de la publicidad, destacados investigadores en materia de control del tabaco se basan en las pruebas procedentes del estudio *específico del empaquetado genérico*. Además, han resaltado la necesidad de realizar un estudio posterior a la aplicación sobre la repercusión real del empaquetado genérico para examinar si las predicciones se materializan en el contexto real.

103. Los elementos de prueba de Australia confirman que la analogía simple que realiza Australia está fuera de lugar: el empaquetado de marca antes de la introducción del genérico, incluso con advertencias sanitarias de menor tamaño, tenían un atractivo *negativo*. De tal modo, en parte, el empaquetado de marca, que contenía advertencias sanitarias gráficas, no tenía la *misma repercusión* que la publicidad tradicional, que transmite potentes mensajes *positivos*.

104. Es significativo el hecho de que Australia y sus expertos no hayan podido facilitar ni un solo ejemplo convincente que ilustre el supuesto vínculo causal entre el atractivo del paquete y el hábito de fumar. En la primera reunión, Australia suministró ejemplos de empaquetado, como Fantasia, Sobranie y Vibes, que Australia considera *muy atractivo*. Sin embargo, la República Dominicana demostró que prácticamente *nadie en Australia fuma* estas marcas tan atractivas. Australia también hizo referencia a Longbeach y Peter Jackson, pero, de acuerdo con su propia labor de investigación, estas dos marcas se encuentran entre los empaquetados *menos atractivos* y, sin embargo, son las *más consumidas* en Australia, incluido entre los jóvenes.

105. Australia parece reconocer que su analogía con la publicidad tradicional es incluso menos creíble cuando en el empaquetado predominan las repulsivas advertencias sanitarias gráficas de gran tamaño. Durante todo el procedimiento Australia y sus expertos han mostrado numerosas imágenes de empaquetado de marca e incluso publicidad de tabaco. Resulta significativo el hecho de que ni una sola imagen contuviera un paquete donde predominaran las advertencias sanitarias gráficas obligatorias en Australia.

106. Los elementos de prueba posteriores a la aplicación descritos anteriormente también *confirman* las predicciones del profesor Steenkamp y contradicen las de los expertos de Australia: las medidas de empaquetado genérico han provocado un notable aumento del cambio de orientación hacia productos de bajo precio sin modificar la prevalencia o consumo del tabaco.

5) Teoría del comportamiento⁷⁴

107. Australia y sus expertos comenzaron el procedimiento basándose en un "modelo de cadena causal" que pretendía vincular el *atractivo* del empaquetado de tabaco con *el hábito de fumar* usando teorías del comportamiento. Sostenían que las teorías del comportamiento predicen de forma fiable

⁷² Informe de réplica de Steenkamp, Prueba documental DOM/HND-14, Sección 3.3.2.

⁷³ Informe pericial de Jean-Pierre Dubé, Prueba documental AUS-11, párrafo 11.

⁷⁴ Véase Comentarios de la RP sobre la respuesta de AUS a la PGE 196, párrafos 642-669. Véase también Informe sobre comportamiento de Ajzen, Prueba documental DOM/HON/IND-3; Presentación del profesor Ajzen titulada "Examen de la confianza depositada por Australia en las teorías del comportamiento para apoyar su legislación sobre empaquetado genérico del tabaco", Prueba documental DR/HON/IND-3; Informe complementario de Ajzen, Prueba documental DR/HON/IND-4; Respuesta de Ajzen, Prueba documental DOM/HND/IND-5; Ajzen, Respuesta a las preguntas 146, 202 y 203 del Grupo Especial, Prueba documental DOM/HND/IND-6; Presentación del profesor Ajzen en el SA, Apéndice 1 del SDI de la RP.

que cuando se modifica el *atractivo* de los productos de tabaco, también cambian los antecedentes del hábito de fumar y, posteriormente, el hábito en sí. En otras palabras, Australia usó las teorías del comportamiento para salvar la brecha entre las pruebas de un cambio en el atractivo del paquete y las pruebas de un cambio en el hábito de fumar.

108. En lo que respecta a teorías del comportamiento específicas, el profesor Fong se basó en *literatura sobre actitud-comportamiento*, afirmando que "las teorías psicosociales, en particular la '*Teoría de acción razonada* (Fishbein y Ajzen, 1975), y los estudios que surgen a partir de dichas teorías han demostrado claramente que las actitudes están, en efecto, vinculadas al comportamiento".⁷⁵ Afirmó que, por tanto, resulta "*sencillo* concluir que, si el empaquetado genérico reduce el *atractivo* de los productos de tabaco, ello provocaría una probabilidad menor de que apareciesen *comportamientos* tales como empezar a fumar y continuar fumando".⁷⁶ Por su parte, el profesor Slovic se basó en su teoría de la *heurística afectiva* para afirmar que, al reducir el "afecto positivo", las medidas de empaquetado genérico aumentarían la percepción de los riesgos del tabaco y reducirían la percepción de los beneficios, lo que, en última instancia, provocaría una disminución del hábito de fumar, en particular entre los jóvenes.

109. Para estudiar estos argumentos, la República Dominicana solicitó el asesoramiento del profesor Icek Ajzen, considerado el psicólogo más importante en el campo de la teoría del comportamiento y autor de la *teoría de la acción razonada* y su sucesora, la *teoría de la conducta planificada*. El profesor Ajzen explicó que los argumentos de Australia se basan en concepciones erróneas fundamentales sobre las teorías de comportamiento, incluidas, entre otras, sus propias teorías. Hizo hincapié en que las teorías del comportamiento no pueden *demostrar* un vínculo entre el atractivo del empaquetado y el comportamiento. Por el contrario, cuando se aplican de forma adecuada, las teorías pueden generar *hipótesis* de utilidad que deben confirmarse o rechazarse de manera empírica.

110. El profesor Ajzen explicó por qué un correcto entendimiento de las teorías del comportamiento conduce a la predicción de que es poco probable que las medidas de empaquetado genérico sean efectivas. La amplia labor investigadora sobre actitud-comportamiento sugiere que mediante las actitudes de las personas hacia un objetivo no conductista (empaquetado) no se predice de forma fiable su comportamiento con respecto a dicho objetivo (fumar). Para que el empaquetado genérico cambiase el hábito de fumar, tendría que poner en marcha una cadena de efectos que partirían de los cambios en el paquete, pasarían por las actitudes hacia el paquete, las marcas y los productos, por las percepciones y creencias sobre los riesgos del tabaco para la salud, y desembocarían en las actitudes e intenciones con respecto al tabaco y, en última instancia, en el hábito real de fumar. El profesor Ajzen consideró que era improbable que los cambios en el paquete realizados por Australia atravesasen todo el camino de esta cadena causal, aunque hizo hincapié en que, en última instancia, se trataba de una cuestión empírica.

111. Junto con los profesores Hortaçsu, List y Shaikh, el profesor Ajzen examinó con posterioridad sus predicciones y las de los expertos de Australia a la luz de los elementos de prueba existentes tras la aplicación de la ley. Como se resume anteriormente, las predicciones de Australia se basan en teorías del comportamiento incorrectas: aunque la modificación del paquete ha reducido el *atractivo* de este en cierta medida y las personas *se percatan* más de las advertencias sanitarias gráficas cuyo tamaño se ha aumentado considerablemente, no han cambiado ni los antecedentes posteriores del hábito de fumar ni el hábito en sí. El resultado que el profesor Fong pensó que se produciría sobre la "*sencilla*"⁷⁷ suposición (es decir, si el atractivo del paquete cambia, también lo harán los antecedentes del hábito y el hábito en sí) no se ha materializado en la realidad. De la misma manera, en contraposición a la evaluación del profesor Slovic, los paquetes *previos* al empaquetado genérico no tenían un "afecto positivo fuerte" y el empaquetado genérico no ha amentado la percepción de riesgo ni reducido la percepción de los beneficios del tabaco.

⁷⁵ Informe sobre exportación de G. Fong, párrafo 252 (énfasis añadido).

⁷⁶ Informe pericial de G. Fong, Prueba documental AUS-14, párrafo 32 (se han añadido las cursivas y el subrayado).

⁷⁷ Informe pericial de G. Fong, Prueba documental AUS-14, párrafo 32.

112. Un motivo importante del fracaso de las medidas de empaquetado genérico puede advertirse en los propios datos del ENSEG de Australia: no existe la supuesta relación (correlación) entre el *atractivo de los productos de tabaco*, por un lado, y los múltiples *antecedentes posteriores y hábitos de consumo de tabaco*, por otro. Usando el conjunto de datos del ENSEG, Ajzen et al. examinaron 130 posibles correlaciones entre el atractivo del tabaco y los antecedentes posteriores del hábito de fumar y el hábito en sí. De las 130 posibles relaciones examinadas, *ninguna* mostró una correlación significativa en la dirección esperada.

113. Como respuesta, Australia minimizó la función de las teorías del comportamiento. Australia y sus expertos dejaron de mencionar las teorías del comportamiento de Ajzen, excepto para afirmar que nunca se habían basado en ellas. El marco conceptual subyacente del empaquetado genérico ha dejado de basarse en la teoría del comportamiento, para hacerlo en la *Ley de empaquetado genérico* en sí. Por último, los profesores Fong y Slovic nunca trataron de explicar la incoherencia entre sus predicciones basadas en la teoría y los elementos de prueba posteriores a la aplicación de la ley.

*(iii) Las afirmaciones de Australia de una futura contribución no se apoyan en pruebas suficientes*⁷⁸

114. Aunque Australia argumenta que los efectos de las medidas de empaquetado genérico serán más significativos a largo plazo, sorprendentemente ha aportado pocos datos sobre las hipótesis que subyacen a este argumento y aún menos pruebas que lo sustenten. Ante la insistencia del Órgano de Apelación, la vía hacia los supuestos efectos futuros debe "basarse en un conjunto de *hipótesis probadas y apoyadas* en pruebas suficientes".⁷⁹

115. Australia ha propuesto hipótesis diferentes, una para explicar el efecto retardado de las medidas de empaquetado genérico sobre iniciación y abandono (una hipótesis basada en un "retraso en la contribución" para reducir la iniciación y aumentar la tasa de abandono) y otra para explicar el retraso en la capacidad de las técnicas econométricas para detectarlos en los datos de prevalencia y consumo de la población (una hipótesis de "retraso en la detección"). Estas hipótesis o bien no están probadas o, cuando lo están, quedan rebatidas por las pruebas. Por tanto, la supuesta vía para los efectos a largo plazo no se sustenta con prueba alguna y mucho menos suficiente.

116. Antes de abordar las hipótesis, cabe destacar que el argumento de efectos a largo plazo de Australia presupone que los efectos de las medidas de empaquetado genérico *se reforzarán* con el paso del tiempo. Sin embargo, existe sólida documentación sobre el hecho de que la reacción de una persona ante un paquete novedoso es más fuerte en la primera exposición y se debilita conforme va familiarizándose con él. Este fenómeno de "desgaste" se encuentra bien documentado por los investigadores de control del tabaco, incluido con respecto al empaquetado de este producto (en relación tanto con las advertencias gráficas sanitarias como con el empaquetado genérico) y se ve confirmado por los datos posteriores a la aplicación. Dichos datos demuestran que, antes de que se produjera ningún cambio en los hábitos de consumo de tabaco, se debilitaron las pocas reacciones iniciales en los antecedentes posteriores (p. ej., llamadas a la línea de asistencia para dejar de fumar, ocultación del paquete). Como explicó el profesor Ajzen, si las personas ya se han adaptado al nuevo empaquetado y sus reacciones negativas se han debilitado sin que se produzca ningún cambio en los hábitos, no hay ninguna razón para esperar que los hábitos cambiarán en el futuro.

117. Apoyándose en el profesor Slovic, Australia rechazó la posibilidad del "desgaste" argumentando que, como no había ninguna marca en el paquete, "simplemente no hay nada que se desgaste".⁸⁰ El profesor Ajzen explicó que este "desconcertante argumento" se basaba en un entendimiento erróneo fundamental del desgaste. Australia entonces dejó de basarse en este argumento y, en su lugar, aceptó que los datos del ENSEG muestran que algunos efectos, de hecho, se han debilitado.

⁷⁸ Véase Comentarios de la RP sobre la respuesta de AUS a la PGE 200.

⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos recauchutados*, párrafo 149 (énfasis añadido).

⁸⁰ SCE de AUS, párrafo 503.

118. **Hipótesis del "retraso en la contribución"**. El primer conjunto de hipótesis de Australia se refiere al hecho de que la mayor repercusión sobre la reducción de las tasas de iniciación y el abandono se retrasará y se reflejará a largo plazo. Con respecto a la iniciación, sin apenas ninguna explicación ni pruebas, Australia plantea como hipótesis que el efecto de las medidas de empaquetado genérico será más acusado a largo plazo porque "pasará el tiempo necesario para que los niños que no han estado expuestos al empaquetado de tabaco con marca lleguen a la adolescencia".⁸¹ Existe un problema fundamental con esta proposición. Australia supone expresamente que el empaquetado de marca previo a la aplicación del empaquetado genérico crea fuertes asociaciones *positivas* con el tabaco en la generación actual y que es necesario que pase el tiempo hasta la siguiente generación para que dichas asociaciones desaparezcan. Sin embargo, los datos del SBS muestran que los paquetes anteriores a la aplicación del empaquetado genérico que llevaban advertencias sanitarias gráficas ya lograban que los jóvenes formasen asociaciones muy *negativas* con el tabaco. Asimismo, aunque Australia argumenta que las supuestas asociaciones positivas provienen de los efectos persistentes de la publicidad tradicional, la actual generación jamás ha estado expuesta a la publicidad tradicional, ya que se prohibió hace casi 25 años.

119. En lo que se refiere al retraso en la repercusión sobre el abandono, la explicación de Australia consiste en poco más que lo siguiente: "Con frecuencia es necesario que haya "múltiples intentos de abandono" antes de que un fumador logre dejar el tabaco."⁸² Por tanto, los efectos sobre el abandono tardarán tiempo en dejarse sentir. Una vez más, la proposición de Australia queda rebatida por las pruebas. El conjunto de datos del ENSEG de Australia muestra que *ninguna* de las decenas de variables relacionadas con el abandono, incluidos los intentos para dejar de fumar, ha cambiado en la dirección prevista por las medidas de empaquetado genérico. De hecho, en vez de lograr un *aumento* de los intentos de abandono, los cambios de paquete han provocado un *descenso*.

120. **Hipótesis del "retraso en la detección"**. La hipótesis alternativa de Australia es que las técnicas econométricas no son capaces de detectar la contribución inicial de las medidas de empaquetado genérico para reducir el hábito de consumo de tabaco porque la repercusión sobre la iniciación y el abandono es demasiado pequeña para detectarse, aunque crecerá. Los resultados del profesor List contradicen la hipótesis de Australia: los datos sobre prevalencia del RMSS no revelan ninguna repercusión estadísticamente significativa sobre la prevalencia del tabaco entre los jóvenes. La Dra. Chipty no ha rebatido estas conclusiones con su trabajo empírico propio. Además, al final del procedimiento, Australia dejó de afirmar que no había pasado tiempo suficiente para detectar los cambios logrados en la prevalencia y el consumo. Por el contrario, la Dra. Chipty explicó que la "discusión sobre el poder [de detección] ya no es esencial".⁸³

(iv) *Conclusión*⁸⁴

121. Al principio del procedimiento, los expertos de la República Dominicana explicaron, a través del prisma de sus respectivos conocimientos especializados, los motivos por los que las medidas de empaquetado genérico no serían instrumentos efectivos de control del tabaco, y no se basaban en ninguna base científica creíble. Posteriormente, al disponer de una gran profusión de pruebas posteriores a la aplicación, las predicciones iniciales de los expertos de la República Dominicana se han ido confirmando una por una con lo que ha ocurrido en la realidad. Asimismo, los numerosos y diversos elementos de prueba presentados ante el Grupo Especial encajan todos juntos de forma coherente y concordante con el argumento y las pruebas de la República Dominicana.

122. Por el contrario, los distintos elementos de prueba no pueden encajar entre sí de forma coherente y concordante con los argumentos de Australia. La imagen que surge de tales argumentos es difusa y carece de coherencia de forma general. Las predicciones de los expertos no encajan con las pruebas de los antecedentes ni con las del hábito de consumo de tabaco; y las pruebas de los antecedentes y el hábito de consumo no encajan con los argumentos de Australia. En un intento por

⁸¹ SCE de AUS, párrafo 496.

⁸² PCE de AUS, párrafo 670 y Anexo E, párrafo 12.

⁸³ Informe pericial complementario de T. Chipty, Prueba documental AUS-591, párrafo 2.f.

⁸⁴ Véase Comentarios de la RP sobre la respuesta de AUS a la PGE 196, párrafos 670-684.

hacer encajar a la fuerza todos los elementos, Australia se ha visto obligada a cambiar sus argumentos, por lo que sus nuevos argumentos no concuerdan con los anteriores. La respuesta ya no la proporcionan las teorías de comportamiento; los antecedentes, al igual que las intenciones, ya no son la mejor forma de evaluar las medidas de empaquetado genérico; los conjuntos de datos del ENSEG y la ITC ya no son fiables; los informes publicados en *Tobacco Control* ya no proporcionan una evaluación exhaustiva de las medidas de empaquetado genérico; y, en su lugar, las pruebas sobre los hábitos de consumo de tabaco reales ahora sí son importantes, al menos en la evaluación errónea y selectiva de la Dra. Chipty, cuando antes no lo eran.

123. La concordancia y coherencia entre la totalidad de las pruebas y los argumentos de los reclamantes, asociado a la falta de concordancia y coherencia entre la totalidad de las pruebas y los argumentos de Australia, lo dice todo. La conclusión que se extrae de las pruebas es clara: las medidas de empaquetado genérico no han cambiado, y no lo harán en el futuro, los hábitos de consumo de tabaco en Australia.

(2) *Medidas alternativas menos restrictivas*

(a) *Propuesta de medidas*

124. Si el Grupo Especial constata que las medidas de empaquetado genérico realizan una contribución, la República Dominicana propone cuatro alternativas: Mediante estas alternativas, la República Dominicana muestra el compromiso de asegurar que Australia pueda adoptar medidas efectivas de control del tabaco. Las alternativas son: (1) un aumento de la edad mínima legal para poder comprar tabaco de 18 a 21 años; (2) un aumento de la tasa de impuestos especiales; (3) mejora de las campañas de marketing social; y (4) un mecanismo de análisis previo para revisar la marca de fábrica o de comercio y los elementos de forma del empaquetado de los productos de tabaco y de los productos en sí. Tanto si se consideran solas como de forma combinada, estas alternativas: (1) obstaculizan menos el uso de marcas de fábrica o de comercio que las medidas de empaquetado genérico (es decir, son menos restrictivas para las marcas de fábrica o de comercio); (2) realizan una contribución equivalente o mayor a la reducción de la prevalencia y el consumo de tabaco que las medidas de empaquetado genérico; y (3) Australia puede disponer de ellas fácilmente como medidas alternativas. Para las medidas de empaquetado genérico, las pruebas no avalan más que la conclusión de que la contribución sería, en el mejor de los casos, *insignificante* en cuanto al tamaño, con una *probabilidad muy baja* de materializarse y, además, en un momento indeterminado a *largo plazo*; por otro lado, existe una *probabilidad mucho mayor* de que las medidas alternativas logren una *contribución significativa* al objetivo de Australia, tanto de forma *inmediata como en el futuro* a largo plazo.

125. De forma importante, Australia no rebate el hecho de que las alternativas propuestas contribuirían a reducir el tabaco, especialmente entre el grupo objetivo, la juventud. Por ejemplo, en lo que respecta a un aumento de la presión fiscal, Australia acepta que los impuestos son "la política individual más efectiva para reducir el uso del tabaco".⁸⁵ Según las palabras del profesor Chaloupka, experto de Australia, este ha detectado que los estudios "demuestran de forma sistemática la efectividad de un aumento impositivo al tabaco para disuadir de la *iniciación* y uso del tabaco entre los jóvenes, promocionar el *abandono* del tabaco entre los adultos y reducir el *consumo* entre los usuarios habituales, con unos *efectos relativamente mayores sobre el uso de tabaco entre los jóvenes y las personas con menos recursos*".⁸⁶ Un aumento de los impuestos tiene un efecto casi inmediato que se prolonga a largo plazo, donde la elasticidad a largo plazo es mayor que la de a corto plazo.⁸⁷

⁸⁵ PCE de AUS, párrafo 719.

⁸⁶ Informe pericial complementario de F. Chaloupka, Prueba documental AUS-582, párrafo 29 (énfasis añadido).

⁸⁷ Véase Gallet y List (2003), Prueba documental DR-120, p. 824; Bardsley y Olekalns (1999), Prueba documental DR-122, p. 237, Figura 5; H. Ross y F. J. Chaloupka, "Política económica para el control del tabaco en países en vías de desarrollo", *Salud Pública de México* 2006;48 supl. 1: S116-S117, Prueba documental DR-118; Chaloupka y Hu (2000), Prueba documental DR-121, p. 251.

126. Australia tampoco ha rebatido las pruebas de la República Dominicana sobre el hecho de que un aumento de la edad mínima legal para comprar tabaco de 18 a 21 años garantizaría una "gran" reducción (un 25 %) del consumo de tabaco entre los 15 y 17 años; y una reducción "intermedia" (un 15 %) del consumo de tabaco entre los menores de 15 años y los jóvenes de entre 18 y 20 años.⁸⁸ Si traducimos estas cifras a tasas de prevalencia, el aumento de la edad mínima legal de 18 a 21 años reduciría en un 12 % las tasas de prevalencia generales a largo plazo.⁸⁹ De esta forma, el aumento de la edad mínima legal a 21 años realizaría una contribución a la reducción del consumo de tabaco mucho *mayor* que cualquier contribución que pudieran lograr algún día las medidas de empaquetado genérico y se tiene la certeza de que tiene un efecto sobre el consumo de tabaco juvenil a corto plazo, lo que conlleva necesariamente una repercusión a largo plazo.

127. Australia no ha abordado las medidas alternativas propuestas por la República Dominicana en virtud del artículo 20 porque supone incorrectamente que la disposición no requiere la consideración de alternativas. Sin embargo, realiza un razonamiento sobre las alternativas en sus argumentos en virtud del apartado 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, que la República Dominicana aborda aquí.

(b) *Los argumentos interpretativos de Australia son infundados*

128. Australia se opone a las alternativas propuestas sobre la base de dos argumentos interpretativos: primero, una reforzada versión de una medida existente “no es una ‘alternativa’ válida”;⁹⁰ y segundo, incluso si una medida existente pudiera ser una alternativa, una alternativa debe emplear un mecanismo igual al empleado por la medida impugnada.⁹¹

129. Con respecto al primer argumento, Australia califica equívocamente las conclusiones del grupo especial y del Órgano de Apelación en *Brasil – Neumáticos recauchados*, cuando éste decide que concluye que “una medida alternativa propuesta que ya ha sido aplicada, en su totalidad o en parte, o que se encuentra en proceso de aplicación”, no es una “alternativa válida.”⁹² En efecto, las palabras “en su totalidad o en parte” no figuran en ninguna de las conclusiones del grupo especial ni del Órgano de Apelación. En esa controversia, como alternativa a la prohibición de la importación de neumáticos recauchados, la Unión Europea propuso medidas que no eran nuevas y habían sido o estaban siendo, completamente aplicadas por Brasil. Las medidas alternativas propuestas no eran versiones reforzadas de medidas existentes, como es el caso de las propuestas en esta controversia. Por lo tanto, el argumento de Australia de que versiones reforzadas de medidas existentes no pueden ser de alternativas es directamente contraria a las conclusiones del Grupo Especial en *China – Tierras Raras*.⁹³

130. El segundo argumento de Australia – de que una alternativa no puede contribuir de manera equivalente si se emplea un mecanismo diferente al empleado por la medida impugnada– es directamente contradictoria con el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – EPO (Artículo 21.5)*, que concluye que una medida alternativa no necesita contribuir mediante los mismos medios o mecanismos que la medida impugnada.⁹⁴

(c) *Los argumentos objetivos de Australia sobre las alternativas son infundados*⁹⁵

131. Al mismo tiempo que Australia no contradice que las alternativas propuestas contribuirían a reducir el tabaquismo, argumenta, como un elemento objetivo, que las alternativas no contribuyen de manera equivalente. En particular, Australia somete, en no más que algunas líneas repetidas en sus sumisiones, que reemplazar las medidas de PP por un aumento de la EMLCT, un aumento de tributo o

⁸⁸ Informe del IOM, Prueba documental DR-232, p. 7-11.

⁸⁹ Informe del IOM, Prueba documental DR-232, p. S-6.

⁹⁰ Respuesta de AUS a la PGE 148, párrafo 21.

⁹¹ Respuesta de AUS a la PGE 148, párrafos 22 y 23.

⁹² Respuesta de AUS a la PGE 148, párrafo 21.

⁹³ Informe del Grupo Especial, *China – Tierras Raras*, párrafo 7.186.

⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO (Artículo 21.5)*, párrafo. 5.215.

⁹⁵ Véase Comentarios de la RP sobre la respuesta de AUS a la PGE 148, párrafos 72-115.

marketing social mejorado (i) “resultaría en una serie más limitada de mecanismos en marcha”; (ii) reduciría por lo tanto “la capacidad de Australia de influenciar la más amplia gama de consumidores y de consumidores potenciales”; y (iii) reduciría la sinergia con otras medidas de control del tabaco.⁹⁶ Los tres argumentos fallan.

132. Con respecto al primer argumento de Australia – de que las alternativas reducirían la serie de mecanismos en marcha – Australia sugiere que las medidas de PP implican nuevos mecanismos políticos, mientras que las alternativas implican un reforzamiento de los mecanismos existentes, lo que implica que, sin las medidas de PP, menos mecanismos políticos estarían en marcha. La RD está en desacuerdo.

133. Primero, Australia malinterpreta el punto: el punto no es el número de mecanismos en marcha, sino el grado de la contribución que resulta de la aplicación de las medidas. Segundo, la sugerencia de Australia de que las medidas de PP conllevan a nuevos mecanismos políticos en contraria con su propia caracterización de las medidas de PP durante estos procedimientos. Australia afirmó que las medidas de PP implican la extensión de un mecanismo político existente, que es, sus prohibiciones en la publicidad, el marketing y la promoción, que están también destinadas a reducir el atractivo de los productos del tabaco. De igual modo, los otros dos mecanismos mediante los cuales las medidas de PP debían operar también (eficacia de las advertencias sanitarias gráficas y reducción del engaño) son extensiones de mecanismos existentes (p.e., advertencias sanitarias gráficas, marketing social, y la prohibición general de la conducta engañosa). Por consiguiente, es simplemente incorrecto que las medidas de PP implican adición de nuevos mecanismos políticos para su estrategia global de control del tabaco. Las alternativas propuestas son, por lo tanto, equivalentes, en este sentido, a las medidas de PP: todos significan una extensión de mecanismos políticos existentes. Por cuanto, remplazar las medidas de PP por las alternativas no reduciría “la serie de mecanismos políticos en marcha”.

134. El segundo argumento de Australia es que las alternativas reducirían la capacidad de Australia de influenciar la más amplia gama de consumidores y de consumidores potenciales. Sin embargo, se basa explícitamente en el primer argumento de Australia de que las medidas de PP implican nuevos mecanismos políticos que serían eliminados de su estrategia de control del Tabaco si las medidas de PP fueran remplazadas por las alternativas. No obstante, como acabamos de exponer, ello no es exacto: los tres mecanismos políticos presuntamente en marcha de acuerdo con las medidas de PP funcionarían a través de otras medidas de control del tabaco.

135. Las pruebas demuestran también que las medidas de PP han conducido a poco o a ningún cambio gradual en la aplicación de los mecanismos: el atractivo de los productos ya era negativa y no ha cambiado mucho; las personas ya estaban bien informados sobre los riesgos de salud del tabaquismo, y ellos no ha cambiado; las personas no parecen por lo tanto haber sido engañadas en cuanto a estos riesgos de salud y el nivel de engaño no ha cambiado tampoco. Como era de esperar, estos cambios decepcionantes en los mecanismos políticos no han conllevado a ningún cambio en los antecedentes más relacionados con el hábito de consumo de tabaco (p.e. la intención) o con el acto en sí mismo.

136. Por el contrario, con respecto a las alternativas propuestas, existe prueba sólida de que los mecanismos existentes pudieran ser aún más fortalecidos, con resultados favorables. Por ejemplo, la EMLCT se basa en extender un mecanismo político basado en el acceso que es más eficaz que el empaquetado genérico, porque prohibir a los jóvenes fumar es preferible a permitirles fumar de empaquetados visualmente menos atractivos. Asimismo, un aumento de tributo funciona mediante un mecanismo político que está considerado, incluso por la propia comunidad de control del Tabaco, como la única medida de control del tabaco más eficaz, incluyendo la reducción del tabaquismo en los jóvenes. En resumen, las alternativas propuestas constituyen medios mucho más eficaces de influencia en la mayor gama posible de personas que las medidas de EG. Por lo tanto, remplazar las medidas de EG por las alternativas reforzaría -más que debilitarla- la capacidad de Australia de influenciar la más amplia gama de consumidores.

⁹⁶ Respuesta de AUS a la PGE 148, párrafo 27 (énfasis añadido).

137. Por último, el tercer argumento de Australia es que, si las medidas de EG fueran remplazadas por las alternativas propuestas, se perdería la sinergia con otras medidas de control del tabaco.⁹⁷ La esencia de este argumento parece ser que las medidas de EG contribuyen indirectamente a reducir el tabaquismo convirtiendo la tributación y las campanas de marketing social más eficaces. Para defender su argumento, Australia mencionó solo un estudio, que no concierne el empaquetado genérico sino la publicidad en los puntos de venta y su sinergia con los precios. Australia no explicó cómo estas conclusiones pueden ser extrapoladas al empaquetado genérico. Por supuesto, las sinergias alegadas, si alguna hubiera, entre la prohibición de publicidad en los puntos de venta de y otras medidas de control del tabaco no se reducirían a causa del reemplazo de las medidas de EG. Además, las pruebas concretas del EG contradicen directamente la posición de Australia, demostrando que, después de la aplicación de la ley, la tributación no es más eficaz. Por último, Australia no tomó en cuenta que las medidas alternativas propuestas conllevarían en sí a impulsar las sinergias.

B. Alegaciones jurídicas en virtud del Acuerdo OTC

1. El Acuerdo OTC es aplicable en su totalidad a las medidas de empaquetado genérico⁹⁸

138. El Órgano de Apelación ha establecido una prueba compuesta de tres partes para determinar la cuestión fundamental de si una medida, como "un todo integrado"⁹⁹, constituye un "reglamento técnico" en virtud del anexo 1.1 del Acuerdo OTC. Las medidas de empaquetado genérico cumplen los tres elementos de la prueba: *En primer lugar*, son aplicables a un "grupo de productos identificable", es decir, productos de tabaco;¹⁰⁰ *en segundo lugar*, "establecen" características de productos, tanto permitiéndolas como prohibiéndolas, para los productos de tabaco y su empaquetado con respecto a si deben aparecer marcas de fábrica o de comercio en los puros y cigarrillos y de qué forma; de manera independiente, se consideran requisitos de empaquetado, marcado y etiquetado; *en tercer lugar*, el cumplimiento de los requisitos en virtud de las medidas de empaquetado genérico es absolutamente obligatorio.¹⁰¹

139. Australia pretende excluir los "requisitos de marcas de fábrica o de comercio" de las medidas de empaquetado genérico¹⁰² a partir de la consideración del Grupo Especial en virtud del Acuerdo OTC sobre la base de que dicho acuerdo rige tales requisitos. Sin embargo, las obligaciones de la OMC en los distintos acuerdos abarcados se aplican de forma acumulada, a menos que se exprese lo contrario o exista una discrepancia. Al no existir, tanto el apartado 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC como el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC son aplicables a las medidas de empaquetado genérico.

2. Las medidas de empaquetado genérico no están en consonancia con las normas internacionales¹⁰³

140. Australia invoca el apartado 5 del artículo 2 del Acuerdo OTC para argumentar que las medidas de empaquetado genérico están "en conformidad con las normas internacionales pertinentes" y, por tanto, "se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al

⁹⁷ Respuesta de AUS a la PGE 148, párrafo 26.

⁹⁸ Véase PCE de la RD, párrafos 934-949; SCE de la RD, párrafos 815-841; respuestas de la RD a las PGE 62, 89, 115; comentarios de la RD sobre las respuestas de AUS a las PGE 145; PDI de la RD, párrafos 57-58.

⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Productos derivados de las focas*, párrafo 5.28-5.29. Véase también informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 64. Véase también informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO (artículo 21.5)*, párrafo 5.239 y 5.241

¹⁰⁰ PCE de la RD, párrafos 939-940.

¹⁰¹ PCE de la RD, párrafos 948-949.

¹⁰² En contraposición a los "requisitos de forma" que regulan la forma de los productos y el empaquetado, los "requisitos de marcas de fábrica o de comercio" regulan si se deben mostrar, y cómo, marcas de fábrica o de comercio en los productos y empaquetado de tabaco.

¹⁰³ Véase SCE de la RD, párrafos 814-920; respuestas de la RD a las PGE 66, 67, 68, 69, 70, 130, 131, 136, 150, 163; comentarios de la RD sobre las respuestas de AUS a las PGE 147, 150, 162, 163; SDI de la RD, párrafos 27-33.

comercio internacional". Por "normas internacionales", Australia se refiere a dos directrices para la aplicación de los artículos 11 y 13 del Convenio Marco para el Control del Tabaco ("Directrices del CMCT"), adoptado por la Conferencia de las Partes en el CMCT ("COP en el CMCT"). En ambas directrices se recomienda que las Partes en el CMCT "consideren" la adopción del empaquetado genérico.

141. La propia actuación de Australia pone en entredicho si incluso Australia considera que cumple las condiciones del apartado 5 del artículo 2. Por ejemplo, al comunicar sus medidas de empaquetado genérico al Comité de OTC, Australia¹⁰⁴ marcó la casilla indicando que "no existe una norma internacional pertinente o el contenido de un técnico de un reglamento técnico propuesto no está en consonancia con el contenido de las normas internacionales pertinentes".

142. Aunque las partes coinciden en que la invocación del apartado 5 del artículo 2 establece una presunción iuris tantum de cumplimiento del apartado 2 del mismo artículo, la República Dominicana refuta la afirmación de Australia de que se han cumplido las condiciones que dan lugar a la presunción en virtud del apartado 5 y, además, la naturaleza de la presunción en el caso de que se cumplieran.

143. *En primer lugar*, aunque las Directrices del CMCT persigan un objetivo encomiable, no han sido elaboradas por una "institución internacional con actividades de normalización" pertinente en virtud del *Acuerdo OTC*,¹⁰⁵ y, por tanto, no constituyen una "norma internacional". Teniendo en cuenta la función que desempeñan las "normas internacionales" en la promoción del objetivo del *Acuerdo OTC* de facilitar el comercio internacional,¹⁰⁶ un organismo como la COP en el CMCT, cuyo propósito principal es acabar con el comercio internacional de los productos de tabaco, no se considera una institución internacional con actividades de normalización.¹⁰⁷

144. De igual forma, la COP en el CMCT no cumple como mínimo tres de los seis principios aplicables a las instituciones internacionales con actividades de normalización establecidos en la Decisión del Comité de OTC.¹⁰⁸ La COP en el CMCT no es "abierto"¹⁰⁹ ni "imparcial"¹¹⁰ porque, para aplicar el tratado, las partes en el CMCT deben seguir *opciones políticas predeterminadas que privilegien* intereses y perspectivas particulares.¹¹¹

145. Ni tampoco la COP en el CMCT cumple los requisitos del principio de "efectividad y relevancia",¹¹² que exige que las normas internacionales estén fundamentadas en una base científica adecuada. Cuando la República Dominicana solicitó por primera vez que se proporcionase la "base científica" de las Directrices del CMCT, la Secretaría del CMCT se negó.¹¹³ Cuando el Grupo Especial solicitó la misma información, la Secretaría del CMCT citó sólo *un único estudio científico sobre empaquetado genérico* metodológicamente erróneo, que constaba de una *única página* y que llegaba a *conclusiones diversas* sobre los méritos de la política.¹¹⁴ Las actividades de la COP en el CMCT contrastan enormemente con las de las instituciones que son aceptadas ampliamente como

¹⁰⁴ Véase G/TBT/N/AUS/67 (8 de abril de 2011).

¹⁰⁵ Véase informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 359.

¹⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Sardinias*, párrafo 214-215; véase Segunda revisión trienal del Acuerdo sobre normas internacionales, contribución de Australia: documento G/TBT/W/139, párrafo 8.

¹⁰⁷ Véase, p. ej., CMCT, Prueba documental JE-19, Artículos 3, 7, 23, 22.1(b)(iii) y 26.3, Parte III.

¹⁰⁸ Decisiones y Recomendaciones adoptadas por el Comité de la OMC sobre obstáculos técnicos al comercio desde el 1 de enero de 1995, G/TBT/1/Rev.12 (21 de enero de 2015)

¹⁰⁹ Véase *Decisión del Comité de OTC*, p. 47.

¹¹⁰ Véase *Decisión del Comité de OTC*, p. 48.

¹¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 376. Por ejemplo, para participar en la COP en el CMCT, un país productor de tabaco, como la República Dominicana, debe aceptar en su adhesión la realización de esfuerzos encaminados a transformar la producción agrícola en otros cultivos que puedan no ser tan rentables.

¹¹² Véase *Decisión del Comité de OTC*, p. 48.

¹¹³ Carta de la República Dominicana al Jefe de la Secretaría del CMCT (25 de abril de 2014), Prueba documental DR-46.

¹¹⁴ Véase Informe pericial de G. Fong, Prueba documental AUS-14, párrafos 333-334.

instituciones internacionales con actividades de normalización, como la Organización Internacional de Normalización y la Comisión del Codex Alimentarius, que son abiertas, imparciales y cumplen unos programas guiados por principios científicos. Para destacar aún más la falta de reconocimiento de la COP en el CMCT como institución internacional con actividades de normalización, la OMS y la Secretaría del CMCT insistieron en su Comunicación conjunta al Grupo Especial en las actividades de normalización de la OMS, organización coordinadora de la COP en el CMCT, a pesar de que la organización no realiza actividades de normalización con respecto al tabaco.¹¹⁵

146. *En segundo lugar*, las Directrices del CMCT no son "normas" en virtud del apartado 2 del artículo 1 del *Acuerdo OTC* porque no son aplicables "para un uso común y repetido". Para llevar a cabo su función de armonización y facilitación del comercio, las normas internacionales deben ser suficientemente precisas como para garantizar que puedan adoptarse de forma sencilla medidas nacionales sin variación. Como carecen de la precisión necesaria, el contenido de los reglamentos nacionales varía inevitablemente, lo que socava el objetivo de armonización de las condiciones del comercio internacional.

147. Las Directrices del CMCT carecen de la precisión necesaria para ser una norma internacional. Por ejemplo, los requisitos de empaquetado no especifican condiciones normalizadas con respecto a: el tipo de letra y el color y el tamaño de la fuente para el nombre comercial y el nombre de la variante; el color de fondo del empaquetado; la ubicación del nombre comercial y el nombre de la variante; el tamaño o la forma del empaquetado; el tipo de mecanismo de apertura; y los materiales que deben utilizarse (p.ej., paquete duro o blando). Para los puros individuales, las Directrices no especifican nada en cuanto a: el tipo de letra y el color y el tamaño de la fuente para el nombre comercial, el nombre de la variante y el nombre del país; el color de fondo de la vitola. Por último, aunque existe una *completa* ausencia de Directrices del CMCT que recomienden la prohibición del uso de nombres comerciales y nombres de variantes en los cigarrillos individuales, Australia, sin embargo, prohíbe su uso.

148. *En tercer lugar*, incluso aunque las Directrices del CMCT fuesen normas internacionales, las medidas de empaquetado genérico no estarían "en conformidad con" ellas debido a la ausencia del alto grado de correspondencia exigido entre el reglamento técnico de un Miembro y una norma internacional.¹¹⁶ Un reglamento técnico está "en conformidad con" una norma internacional si "incorpor[a] la norma internacional en su totalidad y, a efectos prácticos, [la] conviert[e] en una norma municipal".¹¹⁷ El texto del apartado 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* exige que un "reglamento técnico", y no un elemento secundario de este, esté "en conformidad" con una norma internacional. Por tanto, a diferencia del argumento de Australia, no resulta adecuado fragmentar un reglamento técnico en diversos elementos donde unos estén en conformidad con una norma internacional y otros no.

149. Como se explica anteriormente, las Directrices del CMCT dejan un alto grado de discreción a los reguladores nacionales en su aplicación interna. Asimismo, las medidas de empaquetado genérico prohíben el uso de los nombres comerciales en cigarrillos, lo que no forma parte de las Directrices. Como resultado, las medidas de empaquetado genérico no están en consonancia con las Directrices del CMCT.

150. Por tanto, debido a que Australia no ha demostrado que las Directrices del CMCT sean "normas internacionales" ni que las medidas de empaquetado genérico estén "en conformidad con" ellas, no puede beneficiarse de la presunción iuris tantum de cumplimiento en virtud del apartado 2 del artículo 2.

151. Incluso aunque el Grupo Especial no estuviese de acuerdo, la República Dominicana ha refutado la presunción otorgada en virtud del apartado 5 del artículo 2. En contra del argumento de Australia, la presunción se refiere a factores que deben considerarse conforme a un análisis del

¹¹⁵ Véase Comunicación de la OMS/CMCT

¹¹⁶ Véase informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, párrafo 163.

¹¹⁷ Véase Respuesta de la RD a la PGE 66, párrafos 310-311, en referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Hormonas*, párrafos 170-171 (énfasis añadido).

apartado 2 del artículo 2, tales como la restricción del comercio que realiza la medida impugnada, su contribución, los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo en cuestión y la existencia de alternativas que estén disponibles de forma razonable. Sin embargo, la naturaleza precisa y el contenido de la presunción que surge en un caso particular depende de si una determinada norma internacional aborda, y cómo lo hace, los factores contemplados en el apartado 2 del artículo 2. En la presente controversia, las Directrices del CMCT abordan si las medidas de empaquetado genérico "contribuyen" al logro de sus objetivos.¹¹⁸ Sin embargo, en lo que respecta a la contribución, el expediente del Grupo Especial confirma que la COP en el CMCT carecía de una base probatoria suficiente para apoyar la conclusión de que el empaquetado genérico reduciría el consumo de tabaco: como ya se ha indicado, en el momento de adopción de las Directrices del CMCT, la base científica de las Directrices estaba formada por un único estudio sobre empaquetado genérico, compuesto de una sola página y con resultados diversos.¹¹⁹ Asimismo, cualquier prueba predictiva que sirviera de base en la formulación de las Directrices ha sido sobrepasada por los elementos de prueba posteriores a la aplicación del empaquetado genérico con mayor fuerza probatoria presentados en esta controversia por los reclamantes. En lo que respecta a la disponibilidad razonable de alternativas, las Directrices del CMCT no consideran ni sopesan *en absoluto* los méritos relativos de las medidas de empaquetado genérico y las medidas alternativas propuestas. De hecho, la identificación de la o las medidas que tengan el *menor* efecto restrictivo sobre el comercio de productos de tabaco iría en contra de los objetivos del CMCT, ya que este pretende acabar con dichos productos *maximizando* los efectos restrictivos sobre el comercio.

3. Las medidas de empaquetado genérico incumplen el artículo 2.2¹²⁰

152. El apartado 2 del artículo 2 exige equilibrar y sopesar de forma integral los siguientes factores conforme a un análisis de la "necesidad": (a) el grado de restricción al comercio de la medida impugnada; (b) la contribución de la medida al objetivo legítimo; (c) los riesgos que crearía el hecho de no alcanzar dicho objetivo; y (d) las medidas alternativas disponibles de forma razonable.¹²¹ Como muchos de estos factores ya han sido examinados en el análisis del artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, la República Dominicana se centra aquí en los distintos aspectos del análisis del apartado 2 del artículo 2.

a. Las medidas de empaquetado genérico son sumamente restrictivas para el comercio¹²²

153. En virtud del apartado 2 del artículo 2, la restricción al comercio se refiere a una limitación de las oportunidades de competir en bienes comercializados a escala internacional. La evaluación debe tener en cuenta las oportunidades en relación con "la situación antes de la aprobación de" las medidas impugnadas. Las obligaciones de la OMC no consisten en proteger los flujos comerciales actuales, sino las oportunidades de participar en el comercio internacional, incluidas las oportunidades futuras de desarrollar y expandir las exportaciones.¹²³ De este modo, para poder demostrar la existencia de restricción al comercio, un reclamante no tiene que demostrar los efectos reales de la medida sobre el comercio, sino la limitación de las oportunidades de competir. El efecto de una medida sobre las oportunidades de competir se determina en relación con su diseño, arquitectura, estructura y funcionamiento.

¹¹⁸ Véase a continuación párrafos 152-163.

¹¹⁹ SCE de la RD, párrafo 544. Véase también Informe pericial de G. Fong, Prueba documental AUS-14, párrafos 333-334.

¹²⁰ Véase PCE de la RD, párrafos 952-954; SCE de la RD, párrafos 922-923; respuestas de la RD a las PGE 117, 118, 121, 165; comentarios de la RD sobre las respuestas de AUS a las PGE 151, 152.

¹²¹ Véase informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 318, 320, 322; *Estados Unidos – EPO*, párrafos 374, 376.

¹²² Véase PCE de la RD, párrafos 957-963; SCE de la RD, párrafos 924-961; respuestas de la RD a las PGE 152, 153; comentarios de la RD sobre las respuestas de AUS a las PGE 152, 154, 165; PDI de la RD, párrafos 59-62; SDI de la RD, párrafos 34-36.

¹²³ Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Alcohol*, párrafo 112ss.

154. Para Australia, una limitación de las oportunidades de competir requiere la existencia de un descenso *general* de los volúmenes reales de las importaciones de los productos de tabaco *en su conjunto*. Australia ilustra su argumento haciendo referencia a un reglamento técnico que afecta a distintos segmentos del automóvil.¹²⁴ Conforme a dicho ejemplo, un reglamento técnico que *elimina por completo* las oportunidades de competir en el segmento de mercado *más valioso* no restringe el comercio porque, al "compensarse" con ventas de vehículos más baratos, los volúmenes comerciales totales no sufren ningún descenso.

155. La República Dominicana no está de acuerdo en esta cuestión. El apartado 2 del artículo 2 obliga a un miembro a garantizar que *ninguno* de los bienes objeto de un reglamento técnico se vea sometido a una restricción comercial innecesaria. De este modo, si un Miembro impone una restricción comercial innecesaria sobre alguno de los productos abarcados por un reglamento técnico, no se puede "compensar" dicho tratamiento inadecuado no imponiendo restricciones innecesarias al comercio en otros productos objeto del reglamento o creando oportunidades de competencia con respecto a dichos otros productos. Una memoria elaborada por el Comité de OTC de la OMS apoya la interpretación de que la repercusión sobre el comercio debe evaluarse con referencia al efecto de una medida sobre "un producto determinado, de un grupo de productos o de productos en general".¹²⁵

156. Australia también argumenta que, aunque las restricciones comerciales que afectan a determinados segmentos de mercado no se encuentren reguladas en el apartado 2 del artículo 2, están reguladas si implican una discriminación en cuanto al origen en virtud del apartado 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.¹²⁶ Sin embargo, si una medida restringe el comercio de productos en el mercado general o en segmentos determinados, la restricción puede ser prohibida en virtud del derecho de la OMC por ser discriminatoria en virtud del apartado 1 del artículo 2 en virtud del apartado 2 de dicho artículo. No existe ningún fundamento para concluir que los autores pretendieran prohibir las restricciones al comercio de productos vendidos en determinados segmentos de mercado cuando las restricciones fuesen discriminatorias, sino permitir dichas restricciones cuando fuesen innecesarias.

157. Al aplicar el criterio jurídico correcto, las medidas de empaquetado genérico restringen el comercio porque limitan las oportunidades de competir de todos los productos de tabaco, en especial la oportunidad de los productores para diferenciarse de la competencia en el mercado, lo cual tiene una repercusión en la fidelidad de los clientes y su disposición a pagar un plus por un producto diferenciado.

158. Aunque no sea necesario, la República Dominicana también ha presentado pruebas empíricas indiscutibles que muestran los efectos comerciales negativos que entraña dicha pérdida de oportunidades competitivas. En especial, las medidas de empaquetado genérico han provocado que los consumidores cambien de productos de tabaco más caros a más baratos. Una medida que limite la capacidad de comerciar con productos de tabaco más caros es una restricción basada en el valor con respecto al comercio internacional de dichos productos. Los países pretenden maximizar los ingresos de exportación y una medida que induzca a los consumidores a cambiar a productos más baratos elimina dichos ingresos. Por tanto, si fuese necesario demostrar los efectos sobre el comercio, la República Dominicana ha establecido que las medidas de empaquetado genérico tienen tal repercusión.

*b. Las alternativas propuestas por la República Dominicana restringen el comercio en menor medida que las medidas de empaquetado genérico*¹²⁷

159. En virtud del apartado 2 del artículo 2, un reclamante debe demostrar que una alternativa propuesta restringe menos el *comercio* que la medida impugnada (en contraposición a restringir menos las "*marcas de fábrica o de comercio*" en virtud del artículo 20). Si el Grupo Especial llegase

¹²⁴ Véase SCE de AUS, párrafos 385-396.

¹²⁵ Véase, p. ej., G/TBT/W/2/Rev.1 (21 June 1995), p. 7 y G/TBT/M/2 (4 de octubre de 1995).

¹²⁶ Respuesta de la RD a la PGE 154, párrafo 57ss.

¹²⁷ Véase PCE de la RD, párrafos 972-978; SCE de la RD, párrafos 966-990; respuesta de la RD a las PGE 63, 151, 152, 153, 157, 165; comentarios de la RD sobre las respuestas de AUS a las PGE 151, 152, 154, 158.

a considerar las alternativas, no estaría de acuerdo con los reclamantes en cuanto a que las medidas de empaquetado genérico no contribuyen a reducir los hábitos de consumo de tabaco. Sobre ese supuesto, la pérdida de oportunidades competitivas que entrañan las medidas de empaquetado genérico conduce a *dos* tipos distintos de efectos que restringen el comercio: (1) una reducción de las ventas generales de los productos de tabaco debido a un supuesto efecto sobre los consumidores que bien dejan de fumar, bien no inician tal hábito; y (2) una reducción de las ventas de productos de tabaco más caros en favor de los más baratos (es decir, una degradación basada en el valor), lo que se produce debido a una repercusión sobre los consumidores que continúan fumando, aunque cigarrillos más económicos.

160. Cualquiera de las alternativas suponen una restricción menor para el comercio que las medidas de empaquetado genérico: Con respecto a la repercusión sobre el volumen, las medidas de empaquetado genérico y las alternativas reducirían las ventas de tabaco en una medida *equivalente* o, conforme fuese necesario, las alternativas serían calibradas para lograrlo.¹²⁸ En cuanto a la repercusión sobre el valor, las alternativas restringirían menos el comercio: la edad mínima legal para comprar tabaco no hace que los fumadores actuales cambien los productos de tabaco más caros por otros más baratos; el aumento de la presión fiscal tiene menor repercusión en la degradación del mercado hacia productos de menor precio y Australia no ha podido demostrar lo contrario; el marketing social no provoca una degradación del mercado; y un mecanismo de análisis previo lograría una degradación menor debido a que se eliminarían del empaquetado menos elementos diferenciadores. Por último, en cuanto a su tratamiento en virtud del acuerdo abordado, mientras que las medidas de empaquetado genérico se encuentran estructuradas como un reglamento técnico que restringe el comercio internacional y "complican el uso de las marcas de fábrica o de comercio", el aumento de la presión fiscal, de la edad mínima legal para comprar tabaco y del marketing social no restringen el comercio ni la propiedad intelectual bajo ninguna de las disciplinas contempladas en los acuerdos abordados.

*c. Las medidas de empaquetado genérico restringen el comercio más de lo necesario "teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar" el objetivo*¹²⁹

161. El apartado 2 del artículo 2 exige que un grupo especial tenga en cuenta "los riesgos que crearía no alcanzar" el objetivo, lo que requiere la consideración de: primero, la naturaleza de los riesgos en cuestión; y segundo, la gravedad de las consecuencias originadas al no cumplir el objetivo legítimo.¹³⁰ En virtud de lo dispuesto en él, la naturaleza de la investigación de los riesgos en cuanto a (i) la posibilidad o probabilidad de (ii) que se produzca una circunstancia negativa, es decir, el no lograr, de forma total o parcial, el objetivo deseado. La gravedad de los riesgos se relaciona con la gravedad de las consecuencias provenientes de la materialización de la circunstancia negativa.

162. En lo que respecta a la naturaleza de los riesgos en virtud medidas de empaquetado genérico, los datos económicos muestran que dichas medidas no han reducido el consumo de tabaco ni, por tanto, han cumplido su objetivo; los elementos de prueba del ENSEG también sugieren que estas medidas ni siquiera han tenido la repercusión prevista sobre los mecanismos mediante los que se suponía iban a reducir el consumo de tabaco. De tal modo, incluso la hipótesis más optimista implica un *riesgo considerable de no cumplir* el objetivo de reducir el consumo de tabaco debido a la incertidumbre con respecto a si las medidas de empaquetado genérico reducirán en algún momento el tabaco. Por el contrario, las medidas alternativas propuestas por la República Dominicana no entrañan *ningún riesgo* de incumplimiento, sino que se tiene la *certeza* de que reducirían el hábito de consumo de tabaco en la población en general, y entre los jóvenes en particular, tanto a corto como a largo plazo.

¹²⁸ Véase anteriormente párrafos 153-158 para consultar el análisis de la República Dominicana sobre la restricción del comercio de las medidas de empaquetado genérico.

¹²⁹ Véase PCE de la RD, párrafos 1025-1031; SCE de la RD, párrafos 991-1011; respuesta de la RD a la PGE 65.

¹³⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II*, párrafo 321. Véase también informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – EPO (artículo 21.5)*, párrafo 5.215.

163. En lo que respecta a la *gravedad de los riesgos* de incumplimiento, Australia no rebate que la gravedad de los riesgos de las medidas del empaquetado genérico y de las alternativas es igual.

III. SOLICITUDES DE CONSTATAIONES

164. Para concluir, la República Dominicana solicita respetuosamente al Grupo Especial que determine que las medidas de empaquetado genérico de Australia infringen el apartado 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* y las siguientes disposiciones del *Acuerdo sobre los ADPIC*: artículos 15.4, 16.1, 20, 2.1 (y artículo 10bis del *Convenio de París*), artículo 22.2(b) y artículo 24.3. En virtud del apartado 1 del artículo 19 del ESD, la República Dominicana solicita al Grupo Especial que recomiende al Órgano de Solución de Diferencias que solicite a Australia la armonización de sus medidas de empaquetado genérico con las obligaciones que le corresponden de conformidad con el *Acuerdo sobre los ADPIC* (incluidas las estipulaciones sustantivas del *Convenio de París* reproducidas en el *Acuerdo sobre los ADPIC*) y el *Acuerdo OTC*.