

A close-up photograph of a large stack of cigarettes. The cigarettes are arranged in neat rows, with the orange filter ends facing the viewer. The background is slightly blurred, emphasizing the texture and color of the cigarettes.

Estrategia de la Industria del Tabaco en el Ámbito Judicial Latinoamericano

Guía para Litigios

ELABORADO POR **O'NEILL INSTITUTE FOR NATIONAL AND GLOBAL HEALTH LAW**
APOYADO POR **CAMPAIGN FOR TOBACCO-FREE KIDS**

O'NEILL
INSTITUTE
FOR NATIONAL & GLOBAL HEALTH LAW

GEORGETOWN LAW



Estrategia de la Industria del Tabaco en el Ámbito Judicial Latinoamericano

Guía para Litigios

ELABORADO POR **O'NEILL INSTITUTE FOR NATIONAL AND GLOBAL HEALTH LAW**
APOYADO POR **CAMPAIGN FOR TOBACCO-FREE KIDS**

Washington, DC
Febrero, 2012

| | |
|---|-----------|
| Marco general | 5 |
| A. Introducción | 5 |
| B. Antecedentes | 6 |
| C. Posibles usos y limitaciones de la presente guía | 8 |
| D. Filosofía general: balance de derechos. El impacto del consumo de tabaco en la salud pública | 10 |
| Argumentos de la industria tabacalera y contra argumentos | 13 |
| A. El derecho a la libertad de expresión comercial | 13 |
| 1. Contra argumento principal: el discurso comercial no es parte del derecho de libertad de expresión sino de la libertad comercial | 14 |
| 2. Contra argumentos subsidiarios vinculados con la supuesta libertad de expresión para las industrias tabacaleras | 19 |
| 3. Otros derechos que deberían primar por sobre la reducida protección del discurso comercial | 22 |
| 3.1 Derecho a la salud | 22 |
| 3.2 Derecho a la vida | 23 |
| 3.3 Derechos del niño | 24 |
| B. Derecho a la libertad económica | 26 |
| C. Derecho a la propiedad | 29 |
| D. Derecho a la no discriminación – Igualdad ante la ley | 35 |
| E. Derecho a trabajar | 39 |
| Conclusiones | 41 |
| Referencias bibliográficas | 42 |

Marco general

A. Introducción

La ratificación del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) por parte de 15 países de Latinoamérica ha desempeñado un rol fundamental para impulsar leyes eficientes para el control del tabaco en el ámbito municipal, provincial y nacional, no solamente en esos países, sino también en los pocos países que aún no han ratificado el tratado.¹

La industria del tabaco y sus aliados han intensificado la ejecución de dos estrategias relacionadas entre sí. En primer lugar, están destinando una gran cantidad de recursos para influenciar a legisladores y evitar que sancionen leyes eficaces para el control del tabaco. En segundo lugar, si fracasan en sus esfuerzos para diluir o debilitar las leyes para el control del tabaco, recurren al poder judicial y emplean los mismos argumentos u otros similares para atacar la normativa de control de tabaco desde los tribunales. Por ejemplo, la industria y sus aliados basan sus argumentos en el “derecho” a publicitar y comercializar sus productos, los “derechos” de los/as ciudadanos/as de consumir esos productos en espacios públicos u ocupacionales y los “derechos” de los propietarios/as y empleadores/as de permitir dicho consumo.

Esta guía brinda un marco para analizar los argumentos esgrimidos por la industria y sus aliados, y para organizar respuestas eficaces y sistemáticas que puedan desvirtuar dichos argumentos. Si bien, dada nuestra experiencia, esta guía está principalmente destinada a abogados/as litigantes en temas de control de tabaco y abogados/as de ministerios de salud, quienes se enfrentan constantemente a los argumentos de la industria, creemos que esta guía también puede ser útil para informar el debate durante el proceso legislativo. Esta guía tiene un énfasis en argumentos vinculados a la libertad de expresión, ya que hemos encontrado que esa es la estrategia utilizada más frecuentemente por la industria tabacalera en la región. Asimismo, se analizan otros argumentos como aquellos vinculados a la propiedad privada, la libertad económica, el derecho a no ser discriminado y el derecho a trabajar. Después de ese análisis, sugerimos posibles respuestas basadas en argumentos de derecho constitucional o de derechos humanos.

Tal como explicaremos más adelante, existen importantes limitaciones que se deben considerar al utilizar esta guía general. Las diferencias constitucionales y legales requerirán que los argumentos que exponemos aquí se adapten según las circunstancias culturales, económicas, legales y políticas específicas. Sin embargo, creemos que Brasil y los países de habla hispana de América Central y

¹ En la actualidad, los países de Latinoamérica que han ratificado esta convención son: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay y Venezuela.

América del Sur tienen suficientes características legales y constitucionales en común como para justificar la elaboración de una guía regional de litigio. Asimismo, la industria del tabaco no ha dudado en repetir los argumentos y las estrategias en forma similar en diferentes países en Latinoamérica, lo cual también justifica que se pueda desarrollar una guía regional.

B. Antecedentes

El consumo de tabaco es una importante amenaza para la salud pública en todo el mundo, aunque la industria del tabaco se orienta cada vez más a los países en vías de desarrollo como resultado de las fuertes leyes para el control del tabaco y el incremento de los impuestos que han establecido los países más ricos de América del Norte y Europa.² Hay más de 120 millones de fumadores en la región de Latinoamérica y más de la mitad de ellos morirán como consecuencia de alguna enfermedad relacionada con el tabaco.³ Latinoamérica ha sido ubicada⁴ en la Etapa 2 de la epidemia de tabaco, con una prevalencia de consumo de tabaco cada vez mayor en los hombres, un naciente incremento de la prevalencia entre las mujeres y una mortalidad atribuible al tabaco entre los hombres que aún no ha llegado a su pico máximo.^{5 6}

En un reciente estudio sobre el consumo de tabaco en los países en vías de desarrollo, las mujeres de Latinoamérica marcaron los mayores niveles de consumo de tabaco. En cinco países de Latinoamérica, al menos un tercio de las mujeres había probado el cigarrillo; tres cuartos de las mujeres en el caso de Argentina y Uruguay, y tres quintos de las mujeres en el caso de Ecuador.⁷ Se prevé que la demanda en la región aumentará en forma moderada y la mayor parte del incremento se producirá en Brasil.⁸ Se requiere de un esfuerzo mundial para minimizar la amenaza que el consumo de tabaco implica para la salud pública.

2 Bollyky, Thomas y Lawrence Gostin, *The United States' Engagement in Global Tobacco Control: Proposals for Comprehensive Funding and Strategies*, 301(23) *J. Am. Med. Ass'n*. 2637-38 (2010).

3 Fernando Muller and Luis Wehbe, *Smoking and Smoking Cessation in Latin America: a review of the current situation and available treatments*, 3 *Int'l J. COPD* 285 (2008).

4 Si bien se considera que algunos países de la región se encuentran en la etapa 3, Latinoamérica como tal se encuentra en la etapa 2.

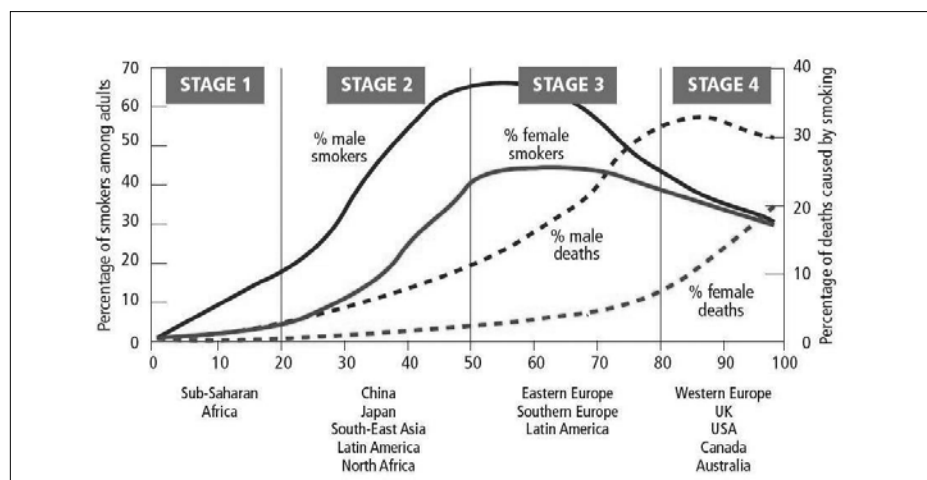
5 Menezes, Ana et al., *Prevalence of smoking and incidence of initiation in the Latin American adult population: the PLATINO study*, 9 *BMC Public Health* 151 (2009) disponible en: <http://www.biomedcentral.com/1471-2458/9/151>;

y Lopez A, Collishaw N, Piha T: *A descriptive model of the cigarette epidemic in developed countries*. *Tob Control*, 3(242-247) (1994) disponible en: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1759359/pdf/v003p00242.pdf>.

6 Lopez, Allen et al., *A descriptive model of the cigarette epidemic in developed countries*. 3. *Tob. Control* 242-47 (1994) disponible en: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1759359/pdf/v003p00242.pdf>.

7 Bloch, Michele et al., *Tobacco use and secondhand smoke exposure during pregnancy: an investigative survey of women in 9 developing nations*, 98 *Am. J. of Pub. Health* 1833 (2008).

8 Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), *Higher world tobacco use expected by 2010 - growth rate slowing down*. Disponible en: <http://www.fao.org/english/newsroom/news/2003/26919-en.html>.



Fuente: Lopen, Allen, et al., A descriptive model of the cigarette epidemic in developed countries. 3 Tob. Control 242-47 (1994)

El CMCT de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y sus directrices, que establecen las medidas básicas que los gobiernos deben tomar para reducir el consumo de tabaco, ocupan ahora un rol central en ese esfuerzo mundial.⁹ El proceso que llevó a la implementación del CMCT en sí hizo que muchos gobiernos y grupos de salud pública se familiaricen con el uso del derecho como herramienta para proteger la salud pública. Luego de la ratificación, se sancionaron algunas leyes nacionales que cumplían o incluso superaban los requisitos del CMCT. En ese entonces, la industria del tabaco se centró (y sigue haciéndolo) en el proceso legislativo. Como resultado, muchos países no lograron sancionar leyes adecuadas. En el caso de los países que han sancionado leyes para el control del tabaco (estrictas o débiles), la industria ha recurrido al poder judicial con el fin de revertir el progreso legislativo. Algunos países, como Uruguay, han desarrollado regímenes modelos para el control del tabaco y han defendido eficazmente sus leyes contra los ataques de la industria. Otros países, como Brasil, han enfrentado muchos desafíos legales al intentar proteger a sus ciudadanos/as contra los peligros del tabaco.

Esta guía es un aporte más a los esfuerzos globales para reducir el consumo de tabaco con herramientas jurídicas ya que proporciona argumentos y herramientas legales que pueden servir para defender las leyes de control del tabaco contra el ataque de la industria. Entre el 11 y el 13 de junio de 2009, abogados/as litigantes en temas de control de tabaco de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela se reunieron en Santiago, Chile, para debatir sobre el marco legal para el control del tabaco en sus respectivos países, identificar problemas comunes y generar oportunidades de cooperación y colaboración en el futuro. Las ideas presentadas aquí reconocen sus orígenes en esa reunión que demostró el gran potencial para la cooperación regional y mundial.

9 La Conferencia de las Partes, el órgano de gobierno del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) de la OMS ha adoptado directrices para los artículos: 5.3, 8, 9, 10, 11, 12, 13, y 14. Ellos tratan respectivamente de: la protección contra la exposición al humo del tabaco; reglamentación del contenido de los productos de tabaco y divulgación de información sobre los productos de tabaco; empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco; educación, comunicación, formación y concientización del público; Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco y medidas de reducción de la demanda relativas a la dependencia y al abandono del tabaco.

C. Posibles usos y limitaciones de la presente guía

Esta guía tiene el propósito principal de ayudar a los/as abogados/as a oponer defensas contra los argumentos que generalmente esgrime la industria del tabaco y sus aliados. Su naturaleza *reactiva* (para responder a demandas de la industria) no debe impedir que los/as abogados/as piensen creativamente en cómo usar estos argumentos en forma *proactiva*, impulsando cambios progresivos a través de intervenciones judiciales. Abogados de México, por ejemplo, cuestionaron su ley nacional para el control del tabaco porque protege en forma deficiente los derechos a la salud, a la información y a la vida que se encuentran garantizados por la Constitución de México, y resulta inadecuada a la luz de los requisitos establecidos por el CMCT.¹⁰ Además, argumentaron que la nueva ley nacional para el control del tabaco modificaba leyes sanitarias anteriores quitándole importantes facultades al Ministerio de Salud, que las usaba para regular productos de tabaco. La Corte, en última instancia, desestimó el caso debido a razones de procedimiento sin entrar en cuestiones de fondo. Sin embargo, el caso es importante porque, al conceder legitimación activa al peticionario, la Corte confirmó la existencia de obligaciones positivas, por parte del Estado, que surgen como consecuencia de los derechos económicos, sociales y culturales.¹¹ Al elaborar estrategias de litigio, los/as abogados/as deben analizar cuidadosamente sus constituciones, leyes nacionales y el CMCT y sus directrices.

Los sistemas judiciales de los diferentes países siguen diversos requisitos sustantivos y procesales, y la terminología técnica puede variar. En líneas generales, un *amparo* en México es similar a una *tutela* en Colombia, aunque los recursos legales disponibles y los límites en cuanto a presentación y evaluación de evidencia, clases de remedios, etc. pueden variar mucho.¹² Por lo tanto, las disposiciones que contiene esta guía deberán adaptarse a los requisitos sustantivos y procesales que cada jurisdicción requiere.

La presente guía analiza los argumentos que se manifiestan principalmente a nivel de regulaciones

10 Demanda de Clínica de Interés Público del Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación, Clínica de Interés Público del Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación v. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal de México.

11 Suprema Corte de Justicia de México, *Jorge Francisco Balderas Woolrich*, amparo en revisión 315/2010 interpuesto contra 1791/2008, decidido 28/03/2011, ponente José Ramón Cossío Díaz, p. 8.

12 Carlos Sanchez Mejorada, *The Writ of Amparo*, 243 *Essential Human Rights* 107 (1946). Un amparo es una acción individual que se lleva a cabo ante la justicia para la protección de un derecho constitucional. Los amparos también protegen a la constitución garantizando que las leyes o las acciones del Estado no violen sus principios. En general, un amparo tiene la finalidad de proteger derechos más allá de la libertad física. Por lo tanto, lo puede invocar toda persona que considere que se está violando alguno de sus derechos que se encuentran protegidos en forma implícita o explícita por la constitución (o por los tratados internacionales correspondientes), aunque el alcance del recurso varía en las jurisdicciones en las que se encuentra disponible: Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú. En lugar del recurso de amparo, Colombia utiliza un sistema denominado *Acción de Tutela*. El procedimiento legal se asemeja al amparo, pero también funciona como medida cautelar para las personas que se encuentran en riesgo inminente de pérdida de sus derechos afectados debido al accionar del Estado.

nacionales. Sin embargo, en muchos países, las municipalidades y las provincias han sancionado normativas eficaces e integrales para el control del tabaco. Los/as abogados/as deben tener presente que el CMCT alienta a los Estados a ir más lejos y adoptar medidas más protectorias incluso que las que se establecen en el tratado y, en forma similar, se deben manifestar argumentos que otorguen a las municipalidades y las provincias la libertad de adoptar leyes más fuertes que las leyes nacionales tal como ha sucedido en Argentina, Brasil y México.¹³ En forma similar, los/as abogados/as deben estar preparados para defender también, además de las leyes nacionales, las leyes municipales y provinciales contra el ataque de la industria. En algunos países, la industria del tabaco ha ejercido presión para incluir disposiciones que tengan “prelación” respecto de las leyes locales o provinciales (i.e., leyes nacionales, jerárquicamente superiores), especialmente sobre la publicidad, el etiquetado de productos de tabaco y los lugares públicos libres de humo. Si bien esta guía no trata específicamente la “prelación,” se pueden encontrar valiosos argumentos al respecto en las presentaciones judiciales que complementan esta guía.

Antes de interponer una demanda contra la industria del tabaco, o contestar una, es esencial evaluar toda la legislación nacional e internacional aplicable. Algunos temas, tales como el derecho a la salud o al trabajo, se mencionan también en varias leyes, sentencias judiciales y normas quizás impensadas en un primer momento, pero que podrían servir de apoyo para los argumentos que se mencionan aquí o implicar desafíos que deberán ser considerados. Por ejemplo, las normas sobre seguridad en el lugar de trabajo pueden contener disposiciones sobre protección contra la exposición al humo del tabaco en ambientes laborales. En forma similar, las leyes sobre derechos de los consumidores, medio ambiente, salud pública u otras pueden incidir en la regulación de los productos del tabaco y su uso. Algunas de estas cuestiones también pueden estar reguladas por tratados internacionales que son vinculantes para los países ratificantes. Por ejemplo, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), consagra el derecho al “nivel más alto posible de salud física y mental.”

Como la presente guía no puede adaptarse en forma uniforme a las presentaciones judiciales y a los sistemas procesales de cada uno de los países ni tampoco dar cuenta de ciertas idiosincrasias legales, los escritos o los argumentos que se elaboren con la ayuda de ella deberán ser revisados por los/as abogados/as del país en cuestión, para garantizar que se cumplan todos los requisitos legales correspondientes. A los fines de complementar la presente guía, en el sitio web del O'Neill Institute for National and Global Health Law estarán disponibles documentos judiciales vinculados a los casos en temas de control de tabaco más importantes de la región. Así, se incluirán la demanda interpuesta por la industria tabacalera en Argentina contra la regulación de la Provincia de Santa Fe, el amparo presentado en México para exigir una ley de control de tabaco más protectoria de la salud, *amicus curiae* elevados por el O'Neill Institute y otras instituciones en casos en Brasil, México y Perú y sentencias en Guatemala, Colombia, México y Perú. Esta sección del portal del O'Neill Institute se irá actualizando de manera permanente para generar, conjuntamente con esta

13 El artículo 2.1 del CMCT dispone: “Para proteger mejor la salud humana, se alienta a las Partes a que apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas por el presente Convenio y sus protocolos, y nada en estos instrumentos impedirá que una Parte imponga exigencias más estrictas que sean compatibles con sus disposiciones y conformes al derecho internacional.”

guía de litigios, herramientas útiles para responder a los litigios de la Industria Tabacalera y avanzar los marcos legales de regulación del tabaco y protección de la salud. La presente guía no tiene la finalidad de brindar asesoramiento legal.

D. Filosofía general: balance de derechos. El impacto del consumo de tabaco en la salud pública.

En los documentos judiciales que hemos analizado, incluso la industria admite que fumar es un comportamiento que implica riesgos que el Estado debe regular;¹⁴ su argumento, sin embargo, es que la regulación debe ser mínima.¹⁵ Dicha concesión le abre el camino a buenos argumentos basados en el “balance” de derechos o en una respuesta “proporcional” a la amenaza de la epidemia del tabaco. Específicamente, los argumentos apuntan a sugerir que la prohibición total de fumar en los lugares públicos cerrados, en los espacios de trabajo y en el transporte público, no es sólo proporcional a los daños que genera la exposición al humo de tabaco sino también necesaria para satisfacer la protección requerida por el artículo 8 del CMCT y garantizada por muchos derechos constitucionales como a la salud y a la vida, y otros intereses fundamentales.¹⁶

El enfoque de esta guía se hace desde una perspectiva de derechos fundamentales (derechos humanos). Por eso se afirma que la regulación debe balancear los diferentes derechos en juego. Las políticas de control de tabaco, como un caso de políticas de salud pública, deben tener presentes los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. "Las políticas de control de tabaco, como políticas de salud pública, deben tener en cuenta las obligaciones internacionales de derechos humanos. Integrar un enfoque de derechos humanos en el control de tabaco tiene muchas ventajas. El Derecho Internacional de Derechos Humanos es una de las herramientas legales más poderosas usadas tanto a nivel nacional (dentro de los países) como internacional. Asimismo, los derechos humanos son usados ampliamente en los discursos políticos y usualmente influyen en los debates de políticas públicas."¹⁷ Por ejemplo, en un caso reciente ante el Tribunal Constitucional del Perú, al confirmar la constitucionalidad de una ley progresista de control del tabaco, la Corte vinculó las obligaciones de derechos humanos al CMCT, presentando el CMCT

14 Recurso de inconstitucionalidad de Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F. p. V., Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F. v. Provincia de Santa Fe, 188/2006, Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

15 *Id.*

16 Directrices para la protección de la exposición al humo de tabaco artículos 6, 23 y 4 (a) & (b) (decisión FCTC/COP2(7)).

17 Cabrera, Oscar and Alejandro Madrazo. Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America. S2 Salud Publica de Mexico 288 (2010). (Original en inglés. Traducción para la presente guía).

como un estándar legal para interpretar estas obligaciones.¹⁸ En este mismo sentido se expresa una resolución de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) que exhorta a sus Estados Miembros a que “fortalezcan la capacidad técnica de la autoridad sanitaria a fin de apoyar la formulación de políticas y planes de salud de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con la salud que sean aplicables.”¹⁹ Es desde esta perspectiva que se deben analizar los argumentos de la industria tabacalera respecto de posibles restricciones “ilegítimas” a sus intereses.

Las evidencias sobre los efectos tóxicos y cancerígenos que el humo de tabaco produce a los fumadores y no fumadores son incontrovertibles, y ampliamente aceptadas.²⁰ De hecho, la evidencia en sí misma tiene efecto legal directo en algunas jurisdicciones. En Brasil, por ejemplo, la doctrina del *fato notório* hace referencia a un hecho que no necesita ser probado en juicio; sumado a que Brasil reconoce los efectos tóxicos y cancerígenos del humo del tabaco, ello implica una ventaja (al menos en materia de prueba) que permitiría concentrar los recursos y esfuerzos en otros aspectos del litigio. Además, existe escaso o nulo reconocimiento social para el consumo de tabaco. Por lo tanto, el balance o proporcionalidad aplicada a las normas sobre tabaco posiblemente hacen que se inclinen a favor de mayores restricciones, una mayor regulación y menos información engañosa que la que actualmente difunde la industria tabacalera y sus aliados.²¹ Muchas constituciones latinoamericanas adoptan explícitamente un enfoque más social que individual para la protección de los derechos. Por ejemplo, el artículo 44 de la Constitución de Guatemala establece que “el interés social prevalece sobre el interés particular.”²² En el contexto del control del tabaco, disposiciones como éstas se pueden interpretar como que otorgan prioridad a la protección de la salud pública por encima de la de ciertos derechos individuales (derechos que según la legislación guatemalteca se pueden limitar legalmente).

La presente guía se divide en secciones que describen los principales argumentos que ha utilizado la industria del tabaco al cuestionar las leyes que exigen protección contra el humo del tabaco, limitan la publicidad, el patrocinio y otras modalidades de promoción, definen los requisitos para el etiquetado y empaquetado de los productos de tabaco y otros requerimientos sobre los productos.

18 Tribunal Constitucional del Perú. *Jaime Barco Rodas contra el Artículo 3º de la ley N. 28705 Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco*, proceso de inconstitucionalidad, Julio de 2011, sección 6, párrafo 65.

19 Organización Panamericana de la Salud (OPS), CD50.R8, 62ª sesión del Comité Regional, Octubre de 2010, p. 1-b.

20 Ver, por ej., U.S. Dep't of Health & Human Services, Office of the Surgeon General, *The Health Consequences of Smoking: A Report of the Surgeon General*, May 27, 2004. Disponible en: <http://www.surgeongeneral.gov/library/smokingconsequences>.

21 Demanda de Clínica de Interés Público del Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación, p. VII.

22 Constitución Política de la República de Guatemala, art. 44: “Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular.”

En algunos casos, la guía puede servir como base para elaborar escritos de respuesta o para colaborar en la búsqueda de la ley aplicable. Por último, apoyamos el uso de la estrategia de la industria en su contra: para cualquier enfoque de “balance razonable”, los intereses de la población de ser protegidos contra el humo del tabaco en lugares públicos cerrados, espacios de trabajo y transporte público son, como mínimo, mayores que los intereses que tiene la industria en la comercialización y la promoción del consumo de un producto letal.²³

23 Presentación judicial de IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados p. 3., Confederação Nacional da Indústria v. Presidente da República, ADI/3311, Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Argumentos de la industria tabacalera y Contra Argumentos

A. El derecho a la libertad de expresión comercial

El CMCT impone restricciones sobre el empaquetado y etiquetado, así como también una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio de los productos de tabaco.²⁴ La industria del tabaco ha usado ampliamente argumentos que se basan en derechos humanos internacional y constitucionalmente reconocidos, y que imponen mecanismos de protección sustancial de la expresión social y política. Si bien estas protecciones generalmente se aplican a las formas de expresión necesarias para el buen funcionamiento de una sociedad democrática, la industria del tabaco ha utilizado estos argumentos para hacer valer el supuesto derecho de las empresas a fomentar el consumo de sus productos o para distinguir su marca de los productos del rival. De hecho, en este sentido, se han presentado argumentos casi idénticos en los tribunales de Argentina y Brasil.²⁵

Como respuesta general a ese planteo, se debe tener en cuenta que el discurso comercial *no se encuentra protegido por la libertad de expresión* (que es parte de los derechos políticos y goza de una protección particular en la mayoría de las jurisdicciones). El discurso comercial es un elemento de la libertad comercial: un derecho de índole estrictamente privada y que es pasible de limitaciones mucho más amplias fundadas en razones de interés público. A continuación, resumimos los argumentos que han utilizado la industria y sus aliados, así como las respuestas correspondientes en función de la obligación positiva del Estado de proteger la salud y las protecciones de menor grado de las que goza el llamado discurso comercial. En primer lugar se hace énfasis en el argumento central, que consiste en la toma de conciencia de que el discurso comercial no está protegido por la garantía de libertad de expresión. Luego, se analizan otros argumentos subsidiarios conectados con el derecho a la libertad de expresión. Finalmente, en esta sección se hace referencia a otros derechos que superan la limitada protección del discurso comercial.

24 CMCT de la OMS, art. 11, 13, Resolución 56.1 de la Asamblea Mundial de la Salud, Documento A56/8 de la OMS, Anexo (21 de mayo de 2003). Los artículos 11 y 13 son los únicos que establecen fechas precisas para su cumplimiento. El artículo 11 requiere que “cada Parte, dentro de un periodo de tres años a partir de la entrada en vigor del Convenio para esa Parte, adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces” para cumplir con el artículo 11. Para el artículo 13, el período es de 5 años.

25 Recurso de inconstitucionalidad de Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F., p. 8.2.4; Presentación judicial de IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados, p. 2.

I. Contra argumento principal: el discurso comercial no es parte del derecho de libertad de expresión sino de la libertad comercial

1. Argumento de la industria: La publicidad y la comercialización son formas de expresión que se encuentran protegidas por la garantía de la libertad de expresión.

La industria del tabaco argumenta que la libertad de expresión también se extiende a su derecho a promocionar sus productos en los medios de comunicación.²⁶ De acuerdo con la industria, una determinada estrategia de publicidad constituye una manifestación de libertad de expresión y goza de protección constitucional.²⁷ Dicha protección incluye a la expresión mediante transmisiones en los medios de comunicación, independientemente de su contenido o de su ánimo de lucro.²⁸

Respuesta: El discurso comercial se encuentra menos protegido que el discurso político o social. La publicidad de productos comerciales con fines de lucro no siempre está protegida por las constituciones y si lo está, su protección es significativamente menor que la expresión de ideas u opiniones.²⁹ La libertad de expresión garantiza que los medios para expresar inquietudes, opiniones e ideas no sean restringidos directa ni indirectamente por el Estado.³⁰ Su fundamento es, en última instancia, la necesidad de que los actos y decisiones que afectan a la vida pública sean sometidos al escrutinio independiente de la sociedad, y que las personas puedan tomar decisiones autónomas e informadas sobre su vida, esto es, *autogobernarse*.

La publicación de anuncios comerciales, por su parte, si bien permite a las personas conocer la oferta de bienes y servicios para satisfacer sus necesidades y deseos, no guarda *ninguna* relación con los principales objetivos que la libertad de expresión persigue: no se relaciona con el intercambio de ideas, información o comunicaciones entre el informante y el informado ni tampoco con la comunicación de un discurso social, político o artístico.³¹ Desde luego, eso no quiere decir que el discurso comercial no merezca ningún tipo de protección si no que, simplemente, tal protección no puede fundamentarse en los mismos argumentos que respaldan

26 Recurso de inconstitucionalidad de Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F., p. 8.2.4.

27 *Id.*

28 *Id.*

29 *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm'n*, 447 U.S. 557, 561 (1980); *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942), *Breard v. City of Alexandria*, 341 U.S. 622 (1951) y *Capital Broadcasting Co. v. Mitchell*, 333 F. Supp. 582 (D.D.C. 1971). En este último caso, la idea de que la expresión de una transacción comercial estaba en un nivel diferente fue una de las bases centrales por las cuales la Corte decidió mantener la prohibición de todos los comerciales de cigarrillos en radio y televisión. *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748, 771 (1976).

30 Ver *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

31 Gostin, Lawrence, *Public Health Law, Power, Duty, Restraint*, p. 379 (University of California Press, 2nd ed. 2008).

la libertad de expresar ideas sociales, políticas o artísticas. En cualquier caso, la protección de las publicaciones comerciales debe buscarse en las garantías que ofrece la libertad empresarial y económica, que admite restricciones mayores fundadas en el interés público. Las actividades que implican riesgos deben ser especialmente reguladas por el Estado³² y este es ciertamente el caso del tabaco, siendo un producto altamente adictivo. Podría incluso argumentarse que publicitarlo no sólo no contribuye a realizar el ideal republicano de autogobierno, sino que es posible que tienda directamente a frustrarlo, al restringir la autonomía y las posibilidades de autogobernarse de las personas adictas, que pasan a depender artificialmente de una sustancia, a la sazón, nociva y letal.

La finalidad del discurso político y social es enriquecer el debate democrático y permitir que los individuos se expresen en forma artística, cultural y social; el discurso comercial tiene una única finalidad (satisfacer intereses empresariales) que no concuerda con este principio. El objetivo del discurso de la industria tabacalera tiene sólo ánimo de lucro y en ese sentido no contribuye a enriquecer el debate democrático.

- ⤵ **Argentina:** El discurso comercial ha sido definido como la “expresión de ideas que se relacionan únicamente con el interés económico y la audiencia del emisor,” que se vincula simplemente con una “propuesta contractual comercial.”³³ Los tres elementos que conforman esta forma de expresión son: 1) identificación de un producto particular; 2) publicidad de ese producto, y 3) búsqueda de lucro como resultado de la publicidad. El discurso comercial es una manifestación de la actividad económica subyacente y, por lo tanto, se puede regular con el mismo alcance que esa actividad.³⁴
- ⤵ **México:** El discurso comercial es una combinación de mensajes que le proponen a sus receptores la realización de una transacción comercial y luego su difusión se puede regular dentro de límites mucho más amplios que si se tratara de un caso de ejercicio de la libertad de expresión sobre cuestiones políticas. En la mayoría de los casos, el discurso comercial se encuentra fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión ya que sólo complementa el libre ejercicio de una actividad comercial.³⁵
- ⤵ **Estados Unidos³⁶:** La Corte Suprema hizo una tajante diferenciación entre la pro-

32 Uprimny, Rodrigo y Camilo Castillo, *Constitución, democracia y tabaco en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), Bogotá, 2009, p. 10.

33 *Ver R. R., A. c. Diario Clarín S.A. y otros*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L (Buenos Aires, Argentina, 2003) y Dictamen del Procurador General de La Nación (S.C. R. N° 1312, L XL), haciendo a lugar una demanda para evitar la publicación de anuncios sexualmente explícitos en periódicos fácilmente accesibles para menores.

34 Presentación judicial en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados Provincia de Santa Fe p. 4.1.B., *Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F. v. Provincia de Santa Fe*, 188/2006, Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

35 Amparo en revisión 91/2004. Crédito Afianzador, S.A. de C.V., *Compañía Mexicana de Garantías*. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Vocero Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Raúl M. Mejía Garza.

36 Esta sección se basa en los siguientes casos: *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm'n*, 447 U.S. 557, 561 (1980); *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931); *Greater New Orleans Broadcasting Assn., Inc.*

tección del discurso comercial y la protección de la expresión de ideas y opiniones en *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm'n of New York*. A diferencia del test utilizado para establecer si una restricción a la libertad de expresión de ideas y opiniones es legítima o no, la Corte estableció una prueba completamente diferente en la que, si bien la carga de la prueba sigue pesando sobre el Estado, las restricciones aceptables son ostensiblemente mayores: Para que el discurso comercial reciba la protección de la Primera Enmienda este, al menos, debe relacionarse con una actividad lícita y no ser engañosa. Para que una restricción al discurso comercial sea legítima, el interés del gobierno debe ser sustantivo. La regulación debe promover directamente ese interés, y no ser más extensa que lo necesario para lograrlo. Sin embargo, no es necesario que el gobierno emplee el medio menos restrictivo concebible, sino que debe demostrar que la regulación es ajustada al caso; no debe ser perfecta pero sí razonable; puede no ser la mejor pero debe ser proporcional al interés servido.

2. Argumento de la industria: Debido a la importancia que tiene la libertad de expresión, no se debe permitir que el Estado emita un juicio *a priori* sobre el valor de ningún discurso.

La industria tabacalera afirma que la libertad de expresión es básica para el buen funcionamiento de la democracia. Una sólida protección de la libertad de expresión amplía la cantidad de información disponible para los/las consumidores/as, protege las instituciones democráticas porque permite la crítica y enriquece las prácticas culturales de la gente. Debido a su importancia, de acuerdo a las industrias tabacaleras, no se debe permitir que el Estado prohíba *a priori* el contenido de las publicidades o las publicaciones.³⁷ Se debe determinar que el discurso en cuestión perjudica intereses públicos concretos protegidos por el Estado y únicamente se puede limitar o prohibir luego de que se tome dicha determinación.³⁸ La industria tabacalera sostiene que su discurso no daña estos intereses protegidos.

Respuesta: Como el discurso comercial no implica un ejercicio de libertad de expresión protegida, las protecciones especiales al discurso que prohíben excluir *a priori* ciertos contenidos no son aplicables. Generalmente, los principios de libertad de expresión exigen que el Estado se abstenga de restringir el discurso cultural, social y político *a priori*, es decir, le prohíben emitir un juicio sobre el valor o interés del discurso antes de que el editor u orador haya tenido la oportunidad de manifestar su punto de vista.³⁹ Ello se conoce

v. United States, 527 U.S. 173, 188 (1999).

37 Greater New Orleans Broadcasting Assn., Inc. v. United States, 527 U.S. 173, 188 (1999).

38 Presentación judicial en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados Provincia de Santa Fe p. 4.1.B., Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F. v. Provincia de Santa Fe, 188/2006, Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

39 U.S. v. Robert J. Stevens, 130 S. Ct. 1577, 78 USLW 4267, 38 Media L. Rep. 1577, 10 Cal. Daily Op. Serv. 4819 (2010); Simon & Schuster, Inc. v. Members of New York State Crime Victims Bd. 502 U.S. 105, 112 S.Ct. 501 (1991). "Como regla general, la Primera Enmienda implica que el gobierno no tiene poder para restringir expresiones en razón del mensaje, ideas, tema o su contenido." *Stilp v. Contino*, 629 F.Supp.2d 449 (2009). "Las restricciones gubernamentales del discurso basados en su contenido tienen una presunción de invalidez y están

como la *prohibición de censura previa*. La alternativa que le queda al Estado en estos casos, y sólo cuando existiera riesgo cierto de que se generen daños, es imponer responsabilidad civil o penal sobre el editor u orador *a posteriori*, antes que censurar de manera previa. Como la publicidad y el discurso comercial no se encuentran tan protegidos como otras formas de expresión, ellos sí se pueden restringir *a priori*.⁴⁰

3. Argumento de la industria: El derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en las constituciones nacionales. El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece una prohibición contra la censura previa, independientemente de cuán loables sean los fines que procuren dichas medidas⁴¹: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”⁴² La mayoría de las constituciones nacionales de países latinoamericanos también establecen protecciones para la libertad de expresión. Por ejemplo, en Argentina, dicho derecho se encuentra protegido en los Artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional.⁴³

Respuesta: Como se dijo antes, el discurso comercial no entra dentro del campo de protección de la libertad de expresión. El discurso comercial se enmarca dentro de la libertad económica, la cual, como se mencionó anteriormente, es un derecho que puede

sujetos a escrutinio estricto.”

40 *Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986) (El interés sustancial de Puerto Rico en desalentar las apuestas entre los residentes justifica la prohibición de la publicidad dirigida a ellos, incluso siendo legal apostar en casinos es, y que la publicidad dirigida a turistas esté permitida); *United States v. Edge Broadcasting Co.*, 509 U.S. 418 (1993), (en donde se halló un interés federal sustancial en facilitar las restricciones estatales sobre las loterías); *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350, 383-84 (1977); *Ohrlik v. Ohio State Bar Ass'n*, 436 U.S. 447, 456 (1978) (reafirmando que los requisitos de que los anunciantes publiquen más información de la que quisieran están justificados “en la medida en que estén razonablemente relacionados con el interés del Estado en evitar el engaño a los consumidores); *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel*, 471 U.S. 626, 651 & n.14 (1985) (reafirmando el requisito de los anuncios de servicios legales mencionen que los demandantes que fracasen pueden todavía ser responsables por las costas del proceso); *Florida Bar v. Went For It, Inc.*, 115 S. Ct. 2371, 2379 (1995) (reafirmando una prohibición de 30 días sobre anuncios de abogados enviados por correo y dirigidos específicamente a accidentes de tránsito); *ver The World Cigarette Pandemic-Part II*, 85 N.Y. State J. Med. 391 (1985); y Taylor, Peter, *Smoke Ring: The Politics of Tobacco* (London: Bodley Head, 1984), pp. 277-79.

41 Recurso de inconstitucionalidad de Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F., p. 8.2.4.

42 Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13, 22 de nov. de 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123.

43 Constitución de la Nación Argentina, art. 14 “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”, art. 32 “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.”

ser regulado y limitado por el Estado. Aún si se cometiera el error de verlo desde la óptica de la libertad de expresión, ésta también reconoce limitaciones. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, como también la mayoría de las constituciones nacionales, limitan la libertad de expresión cuando pone en peligro la salud pública. Respecto de las máximas formas de expresión – ideas y opiniones – la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite explícitamente la imposición de responsabilidades ulteriores para garantizar la “protección de (. . .) la salud o la moral pública” (art. 13). En virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR por su sigla en inglés), la libertad de expresión está sujeta a ciertas restricciones por motivos tales como la salud pública (art. 19).⁴⁴ Muchas constituciones nacionales reconocen las importantes limitaciones a la libertad de expresión en función de la salud pública.⁴⁵

- **Brasil:** El artículo 220 de la Constitución protege el “pensamiento,” la “creación” y la “expresión” de los brasileros, pero en el párrafo 4 limita “la publicidad comercial del tabaco (. . .)” porque constituye “publicidad de productos, prácticas y servicios que pueden ser perjudiciales para la salud o el medio ambiente.”

- **Guatemala:** Los artículos 43 y 44 de la Constitución de Guatemala limitan la industria, el comercio y el trabajo cuando vulneran otros intereses sociales. El artículo 44 establece específicamente que “el interés social prevalece sobre el interés

44 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 19, 999 U.N.T.S. 171 (1966) “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: (a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; (b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

45 Las autoridades judiciales estadounidenses, británicas y canadienses apoyan las excepciones a la libertad de expresión comercial cuando se trata de proteger la salud pública. “Dados los grandes riesgos para la salud, los costos económicos para la sociedad que causa el consumo de tabaco y el peso de la opinión de los expertos sobre los efectos de la publicidad, considero que la Ley Británica de Promoción y Publicidad del Tabaco de 2002 ha sido un paso responsable y proporcional.” *R and others v. Secretary of State for Health* (2004) EWHC 2493.

Además, la evidencia indica que la publicidad del tabaco implica un incremento del consumo de tabaco. Incluso la legislación estadounidense que está más orientada hacia la preservación del “mercado de ideas,” permite que el Estado regule los mensajes comerciales a fin de proteger a los los/las consumidores/as contra las prácticas de ventas erróneas, engañosas o agresivas o exige la divulgación de la información beneficiosa para el consumidor. *44 Liquor Mart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484, 501 (1996). El Estado tiene interés en proteger a los los/las consumidores/as de los “peligros comerciales” que proporcionan “el motivo principal por el cual el discurso comercial puede estar sujeto a una mayor regulación por parte del gobierno que el discurso sin carácter comercial.” *Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410, 426, 123 L. Ed. 2d 99, 113 S. Ct. 1505 (1993).

particular.”⁴⁶ Los derechos individuales, tal como el derecho de una empresa de publicitar sus productos, se deben compensar con otros derechos colectivos y constitucionales, tal como el derecho a la salud (artículos 93-95).

2. Contra argumentos subsidiarios vinculados con la supuesta libertad de expresión para las industrias tabacaleras

- 1. Argumento de la industria: Los/as consumidores/as tienen derecho a la información.** Los/las consumidores/as tienen derecho a recibir información adecuada y veraz y a que se proteja su libertad de elección, incluyendo la información que proporcionan los fabricantes y los minoristas.⁴⁷ Como los productos de tabaco son legales, la industria afirma entonces que están autorizados a proveer información verídica acerca del producto que venden.
-

Respuesta: Los/as consumidores/as tienen derecho a recibir información adecuada. La publicidad del tabaco necesariamente implica la difusión de información inexacta y distorsionada. No existe un uso del tabaco que no perjudique al usuario y, en muchos casos, aún a los no usuarios. La publicidad que enfatiza la asociación entre el tabaco y el éxito social, la satisfacción personal o sexual, necesariamente nubla los riesgos del consumo de tabaco que incluyen la adicción y la muerte. Por lo tanto, el derecho a la información que tienen los/as consumidores/as, *requiere* restricciones sobre la publicidad, la promoción y el patrocinio, así como restricciones en el empaquetado y etiquetado. En muchos países, el derecho de los/as consumidores/as a recibir información adecuada se encuentra consagrado constitucionalmente.

- ⤵ **Argentina:** El artículo 42 de la Constitución de Argentina establece que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.”
- ⤵ **México:** El recurso presentado contra la ley nacional de control del tabaco incluye el argumento del derecho a información adecuada. El derecho a la información figura en el artículo 6 de la Constitución: El artículo 28 de la Constitución establece que

46 Constitución de Guatemala, art. 44. “Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular.”

47 Presentación judicial de IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados, p. 2.

“la ley protegerá a los consumidores.” Si leemos en forma conjunta esos artículos, se entiende que el Estado tiene el deber de proteger a los ciudadanos mediante información completa, veraz y oportuna sobre los efectos perjudiciales para la salud del consumo de tabaco y la exposición al humo del tabaco. Como resultado, para que el Estado cumpla con su obligación de proteger la salud de los fumadores y de los no fumadores, no alcanza con adoptar medidas que protejan a los no fumadores contra la exposición al humo del tabaco. El derecho al acceso a la información requiere que el Estado asegure – “garantice” – que se informe correctamente a la gente sobre los efectos del consumo de tabaco.⁴⁸ Esta dimensión del derecho a la salud fue enunciada claramente en un caso reciente ante la Corte Suprema de México. En su decisión sobre el caso *Balderas Woolrich*, la Corte declaró, “la protección de la salud está ligada con la satisfacción del derecho a la información y la protección de los consumidores. No basta con adoptar medidas que protejan a los no fumadores de la exposición del humo: debe informarse oportunamente sobre los efectos del tabaquismo. Así, el Estado tiene un triple mandato: proteger a las personas de la publicidad asegurando que los mismos cuenten con información adecuada para evitar que fomente la expansión de la epidemia.”⁴⁹

Argumento de la industria: La publicidad y la comercialización no aumentan el consumo.

La industria del tabaco argumenta que los productos de tabaco son productos “maduros,” en contraposición con los productos nuevos o no tradicionales y por eso, sostienen, la función de la publicidad no es hacerlos conocidos o aumentar su consumo en general.⁵⁰ En vez de ello, la importancia de la publicidad en este tipo de producto radicaría en distinguir la marca de la competencia.⁵¹ La finalidad de dicha distinción es atraer clientes que ya consumen los productos de la competencia y, al mismo tiempo, mantener los clientes que usan los propios productos.⁵² Generalmente, este argumento se combina con el argumento de que se debe permitir el derecho a la expresión comercial porque las empresas tienen derecho a distinguirse de sus competidores.

Respuesta: La publicidad del tabaco aumenta el consumo y pretende captar nuevos fumadores.

La finalidad de la publicidad de tabaco es aumentar el consumo y

48 Suprema Corte de Justicia de México, *Jorge Francisco Balderas Woolrich*, amparo en revisión 315/2010 interpuesto contra 1791/2008, decidido 28/03/2011, ponente José Ramón Cossío Díaz, p. 42.

49 Suprema Corte de Justicia de México, *Jorge Francisco Balderas Woolrich*, amparo en revisión 315/2010 interpuesto contra 1791/2008, decidido 28/03/2011, ponente José Ramón Cossío Díaz, p. 12.

50 Recurso de inconstitucionalidad de Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F., p. 7.1; Presentación judicial de IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados, p. 2.

51 Recurso de inconstitucionalidad de Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F., p. 7.1.

52 *Id.*

atraer nuevos fumadores.⁵³ Las publicidades de tabaco están diseñadas para relacionar el tabaco con el éxito sexual y social, el atletismo, el coraje y la independencia, atributos que fácilmente fascinan a los/las adolescentes.⁵⁴ Diversos estudios científicos han proporcionado evidencia inequívoca de que cuanto más expuestos están los/las jóvenes a la publicidad del tabaco, más probabilidades hay de que consuman tabaco.⁵⁵ Asimismo, las personas que comienzan a fumar de jóvenes son más propensas a ser adictas a la nicotina en una etapa muy temprana de la vida.⁵⁶ Como no pueden dejar de fumar, se convierten en grandes fumadores y siguen consumiendo tabaco durante toda su vida.⁵⁷ Las leyes que restringen la publicidad de tabaco han demostrado ser efectivas para reducir el consumo de tabaco. Por ejemplo, los lugares con prohibiciones totales de la publicidad, experimentan una disminución del consumo.⁵⁸

Así como la naturaleza de la publicidad demuestra su objetivo de atraer nuevos fumadores, y el éxito de las campañas es una prueba de cómo ellas incrementan el consumo de tabaco, también la magnitud de la inversión y la escala de las campañas publicitarias de tabaco son elocuentes en cuanto al principal objetivo de los esfuerzos publicitarios de la industria: incluso si los esfuerzos por capturar al pequeño segmento de los fumadores que están abiertos al cambio de marcas representan efectivamente una parte de los gastos de la industria, la magnitud de esos gastos desmiente el argumento de la industria de que el objetivo de sus publicidades es sólo promover el cambio de marcas entre los fumadores.

53 US Surgeon General. Reducing tobacco use: A report of the Surgeon General. Chapter 5 Regulatory efforts. 2000. Disponible en: http://www.cdc.gov/tobacco/data_statistics/sgr/sgr_2000/00_pdfs/chapter5.pdf; Tye, Joe, et al., Tobacco Advertising and Consumption: Evidence of a Causal Relationship, 8 J. Public Health Policy 492, 494 (1987).

54 Levy, David, et al., The effects of tobacco control policies on smoking rates: a tobacco control scorecard. 10 J. Public Health Manag. Pract. 338-53 (2004).

55 DiFranza, Joseph, et al., Tobacco promotion and the initiation of tobacco use: assessing the evidence for causality. 117 Pediatrics 1237-48 (2006). Disponible en: <http://pediatrics.aappublications.org/cgi/content/full/117/6/e1237>; Lovato, Chris, et al., Impact of tobacco advertising and promotion on increasing adolescent smoking behaviours. Cochrane Database of Systematic Reviews 2003:CD003439. Disponible en: http://www.mrw.interscience.wiley.com/cochrane/clsystrev/articles/CD003439/pdf_fs.html.

56 Krugman, Dean, et al., Understanding the role of cigarette promotion and youth smoking in a changing marketing environment. 10 J. of Health Commun. 261-78 (2005). Disponible en: <http://www.informaworld.com/smpp/ftinterface~content=a714034939~fulltext=713240928>.

57 Wellman Robert, et al., The extent to which tobacco marketing and tobacco use in films contribute to children's use of tobacco: a meta-analysis. 160 Arch. of Pediat. Adol. Med. 1285-96 (2006). Disponible en: <http://archpedi.ama-assn.org/cgi/content/full/160/12/1285>.

58 Blecher, Evan, The impact of tobacco advertising bans on consumption in developing countries, 27 J. Health Econ. 930 (2008).

3. Otros derechos que deberían primar por sobre la reducida protección del discurso comercial

Los derechos individuales se limitan recíprocamente. Cuando, como sucede a menudo, entran en conflicto entre sí, deben armonizarse de forma tal que se maximice la protección de todos los derechos.⁵⁹ En virtud de este análisis, la libertad para manifestar un discurso comercial puede restringirse significativamente para maximizar el derecho a la salud, a la vida y a un medio ambiente sano.⁶⁰

1. Derecho a la salud

- a. *Derecho positivo a la salud.* Las constituciones de muchos países (por ej, Brasil, Guatemala y México) establecen un derecho positivo y explícito a la salud que debe balancearse con la limitada protección que se establece para que las empresas publiciten sus productos. En otros casos, han sido las Cortes las que han encontrado el derecho a la salud implícito en otras cláusulas constitucionales, por ejemplo, cuando la constitución incorpora tratados de derechos humanos y les otorga jerarquía constitucional a los derechos y garantías contenidos en ellos.⁶¹ Como la epidemia de tabaco se propaga por vía de la desinformación, las prohibiciones (o restricciones, en aquellas pocas jurisdicciones donde una prohibición completa podría no ser constitucionalmente permisible) sobre la publicidad, promoción y patrocinio se encuentran claramente dentro de las obligaciones del Estado de proteger el derecho a la salud.⁶² La amenaza a la salud pública que implica el consumo de tabaco ha quedado demostrada en forma tan concluyente que las prohibiciones sobre la publicidad se encuentran justificadas por el deber del Estado de proteger la salud pública.⁶³
- b. *El derecho a la salud es fundamental para el ejercicio de la libertad de expresión.* La buena salud es una condición necesaria para que la gente pueda ejercer un discurso político y social informado – los objetivos previstos de dichas protecciones.⁶⁴
- c. *Deber de proteger la salud contra los terceros.* El PIDESC impone a los Estados partes la obligación de tomar todas las medidas necesarias para proteger la salud pública

59 Nogueira, Humberto, *El Derecho a la Información en el Ámbito del Derecho Constitucional Comparado en Iberoamérica y Estados Unidos*, 48 *El Derecho a la Información y Derechos Humanos UNAM* (2000).

60 *Id.*

61 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, *Viceconti, Mariela v. Estado Nacional s/acción de amparo*.

62 Presentación judicial de IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados, p. 6.

63 Presentación judicial en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados Provincia de Santa Fe.

64 *Id.*

(art. 12).⁶⁵ Según el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Comentario General N.º 14, el derecho al más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC), “(...) como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones sobre los Estados partes: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir (. . .) La obligación de proteger requiere que los Estados tomen medidas para impedir que terceros interfieran en las garantías que establece el artículo 12” (párrafo 33).⁶⁶ Los Comentarios Generales también establecen que las “violaciones del derecho a la salud pueden producirse mediante la acción directa de los Estados u otras entidades que no se encuentran lo suficientemente reguladas por los Estados.”⁶⁷ Asimismo, las “violaciones a la obligación de proteger surgen de la falla del Estado de tomar todas las medidas necesarias para proteger a las personas dentro de su jurisdicción contra los incumplimientos del derecho a la salud por parte de terceros. Esta categoría incluye omisiones tales como (...) la falta de protección de los consumidores y trabajadores contra las prácticas en perjuicio de la salud, por ej. mediante (...) *la falta de disuasión de la producción, la comercialización y el consumo de tabaco*, los narcóticos y otras sustancias perjudiciales.”⁶⁸

2. Derecho a la vida

- a. *El derecho a la vida es fundamental para el ejercicio de la libertad de expresión.* El derecho a la vida es un requisito para el ejercicio y el goce de todos los otros derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales.⁶⁹ La preservación de la salud es parte del derecho a la vida y el Estado tiene la obligación de tomar medidas positivas para garantizar la salud individual y comunitaria.⁷⁰ Dado el tremendo daño

65 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, 993 U.N.T.S. 3 (1966) “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

66 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Comentario General N.º 14 (2000), El derecho al más alto nivel posible de salud*, p. 33, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (11 de agosto de 2000) “La obligación de *proteger* requiere que los Estados tomen medidas para impedir que terceros interfieran en las garantías que establece el artículo 12.”

67 *Id.* p. 48.

68 *Id.* p. 51 (énfasis agregado).

69 *Campodónico v. Ministerio de Salud y Acción Social* p. 15, 823/1999, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Arg.).

70 ECOSOC, “Finalmente, la obligación de *cumplir* requiere que los Estados adopten medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales y otras medidas correspondientes para la plena realización del derecho a la salud.” En Argentina, “el derecho a la vida es el primer derecho de los seres humanos y se encuentra reconocido y garantizado por la Constitución... la preservación de la salud incluye el derecho a la

que el tabaco causa a la salud y a la vida, regular el tabaco es un aspecto necesario de la protección del derecho a la vida y, consecuentemente, del disfrute de todos los demás derechos también.

3. Derechos del niño.

- a. Teniendo en cuenta la evidencia que indica que los/las niños/as y los/las adolescentes son objetivos especiales de la industria del tabaco⁷¹ porque son particularmente susceptibles a sus prácticas de publicidad y comercialización, las leyes internacionales y nacionales que brindan una protección especial para los/las niños/as representan un argumento extra en apoyo a las restricciones a la publicidad y comercialización.
- b. *La Convención sobre los Derechos del Niño*: Todos los países de Latinoamérica han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 17 (e) de la Convención establece que “Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes: (...) (e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.”⁷² El Comité Supervisor de la Convención ha reconocido la necesidad de controlar la información que reciben los/las adolescentes y los/las niños/as sobre los productos peligrosos, tales como el tabaco.⁷³ El comité

vida... así que existe la necesidad urgente de que las autoridades públicas lo garanticen mediante la adopción de medidas positivas.” Presentación judicial en carácter de *amicus* del Procurador General de Santa Fe.

71 Biener, Lois, and Michael Siegel, Tobacco Marketing and Adolescent Smoking: More Support for a Causal Inference, 90 Am J Public Health 410 (2000), “no atribuimos a la publicidad de tabaco el efecto de meramente ver publicidad de cigarrillos... pero las imágenes que ellos han venido a representar a través de campañas publicitarias son particularmente atractivas a adolescents que están buscando una identidad que las imágenes están cuidadosamente diseñadas para ofrecer.” Emannuela Beguinot, et al., Tobacco advertising through French TV in 2005: frequent illicit broadcasting; its impact on teenagers and young adults, 32 J of Public Health 184-90 (2009), “El principal objetivo de la publicidad y del esponsorio por parte de las industrias tabacaleras es generar nuevos fumadores creando una espontánea asociación positiva entre fumar cigarrillos e imágenes percibidas en la mente de jóvenes.”

72 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 17 (e), 1577 U.N.T.S. 3 (1989).

73 Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, *Comentario General N° 4 (2003)*, *Salud y desarrollo de los adolescentes en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*, p. 10, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (1 de Julio de 2003) “El derecho de los adolescentes a tener acceso a información correcta es esencial si los Estados Partes van a fomentar medidas rentables, incluidas las que se llevan a cabo a través de las leyes, las políticas y los programas, con respecto de diferentes situaciones relacionadas con la salud, incluidas las que mencionan los artículos 24 y 33, tal como planificación familiar, prevención de accidentes, protección contra las prácticas tradicionales perjudiciales, incluidos los casamientos tempranos y la mutilación genital femenina, el abuso de alcohol, tabaco y otras sustancias perjudiciales.”

también ha manifestado que los Estados Partes deben proteger a los/las adolescentes contra la información que podría ser perjudicial para su salud y recomienda regular o prohibir la información sobre el tabaco.⁷⁴ La publicidad del tabaco no apunta al público que ya es consumidor, sino que apunta a los/las adolescentes porque son el grupo en el cual comienza el consumo de tabaco.⁷⁵ Además, la publicidad del tabaco no informa a los/as consumidores/as sobre el producto en sí y sobre sus efectos perjudiciales. En vez de ello, induce a una acción que pone en riesgo la salud, la vida y el medio ambiente.⁷⁶

A nivel constitucional y a modo de ejemplo, se pueden tener en cuenta las siguientes provisiones:

- i. *Brasil*: La Constitución de Brasil, adoptada el 5 de octubre de 1988, establece que la salud es un derecho social⁷⁷ y que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de garantizarles a los/las niños/as y los/las adolescentes, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, nutrición, educación, goce, capacitación profesional, cultura, dignidad, respeto, libertad y vida familiar y comunitaria, como también preservarlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.⁷⁸
- ii. *México*: La Constitución de México le garantiza específicamente a los/las niños/as la satisfacción de sus necesidades de salud y educación para su desarrollo integral.⁷⁹

74 *Id.* at 25 “Por lo tanto, los Estados Partes deben regular o prohibir la información sobre sustancias tales como el alcohol y el tabaco y su comercialización, especialmente cuando apunta a los niños y los adolescentes.”

75 Gostin, Lawrence, *Global Regulatory Strategies for Tobacco Control*, 298 *J. Am. Med. Ass'n* 2057 (2007) “Publicidad, promoción y patrocinio. Las empresas de tabaco, para mantener su rentabilidad, deben reclutar nuevos fumadores para reemplazar a los fumadores que murieron o dejaron de fumar. Como la mayoría de los fumadores a largo plazo comienzan a fumar antes de los 18 años de edad, el mercado de los jóvenes es el más valioso. La industria gasta desmesuradamente en publicidad, promoción y patrocinio y sólo los Estados Unidos gastaron \$13,11 mil millones en 2005. En los países en vías de desarrollo, las empresas multinacionales publicitan para lograr que los no fumadores prueben el cigarrillo y para estimular la demanda de los los/las consumidores/as de marcas internacionales en vez de productos locales. En forma simultánea, las empresas promocionan campañas “para prevenir el consumo de tabaco entre los adolescentes” como parte de la “responsabilidad social corporativa,” aunque son ineficaces y menoscaban el control eficaz del tabaco. Mientras corteja la cultura joven en forma agresiva, la industria se atribuye el mérito por la prevención entre los adolescentes.”

76 Presentación judicial de IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados, p. 6.

77 Constitución Federativa de Brasil de 1988 [C.F.], art. 6.

78 *Id.*, art. 227.

79 Constitución de México, artículo 4, párrafo 6.

B. Derecho a la libertad económica

Muchas constituciones protegen la libertad de la industria, del comercio y del trabajo, pero también establecen que dichas libertades pueden ser limitadas por leyes por motivos de interés nacional y social.⁸⁰ La industria del tabaco ha invocado estas disposiciones para argumentar, por ejemplo, que las restricciones y prohibiciones a la publicidad y a fumar en lugares públicos disminuyen la competencia y perjudican el ejercicio de una actividad económica lícita.⁸¹ Tal como sucede con los argumentos que se basan en la libertad de expresión comercial, estas protecciones no pasan el test de balanceo debido al abrumador interés en la protección de la salud pública contra el humo del tabaco.⁸²

1. Argumento de la industria: Las restricciones sobre la publicidad violan la libertad de comercio. De acuerdo a la industria del tabaco, las leyes que regulan o prohíben la publicidad del tabaco frustran la iniciativa económica y restringen actividades legales, entorpeciendo la libre circulación de bienes y generando un entorno en el que el desarrollo económico no puede ser alcanzado naturalmente.⁸³ Estas leyes frustran la iniciativa económica al violar los derechos comerciales, tal como el derecho a contratar, el derecho a no contratar, el derecho a ejercer el comercio y la industria, el derecho a publicitar y patrocinar eventos, etc.⁸⁴

Respuesta: El derecho al comercio no se ve afectado substantivamente por las leyes para el control del tabaco. El poder legislativo tiene la facultad de regular los derechos y las libertades, siempre que no se violen las características más esenciales de dichos derechos y libertades.⁸⁵ Las limitaciones legales a la publicidad y al consumo no interfieren con la actividad económica en sí, es decir, la compra, la producción, la venta, la importación y la exportación de tabaco, cigarrillos, cigarras y otros productos.⁸⁶ Los individuos y las empresas

80 Constitución Política de la República de Guatemala, art. 43: "ARTICULO 43.- Libertad de industria, comercio y trabajo. Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes."

81 Recurso de inconstitucionalidad de Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F., p. 8.2.5.

82 Presentación judicial de Universidad de San Carlos de Guatemala en carácter de *amicus curiae* en oposición al demandante Cámara de Comercio de Guatemala p. III, Inconstitucionalidad parcial general, 2158-2009, Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala "Ningún artículo de la Ley prohíbe, ni tampoco restringe, la fabricación, producción, distribución y comercialización de productos de tabaco porque su propósito no es regular estas actividades, sino regular los lugares en los que se permite el consumo de productos de tabaco con el fin de proteger el derecho a la vida y la salud de los no fumadores, como también de los fumadores en sí".

83 Recurso de inconstitucionalidad de Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F., p. 8.2.5 (citando los artículos 14 y 33 de la Constitución de la Nación Argentina).

84 *Id.*

85 Presentación judicial en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados Provincia de Santa Fe, p. 4.2.

86 *Id.*

tienen la libertad de fabricar, vender y consumir productos de tabaco, aunque con el límite que impone el deber del Estado de proteger la salud pública, según se describe más abajo.⁸⁷ Las armas de fuego y las prescripciones médicas son ejemplos de otros bienes que también se encuentran sujetos a una regulación estricta debido al riesgo que traen aparejado.

Este razonamiento fue adoptado en una decisión de la Corte Constitucional de Colombia en la que ratifica la constitucionalidad de una ley de prohibición total de la promoción de tabaco y del patrocinio de eventos deportivos y culturales por parte de empresas tabacaleras. Entiende la Corte que esa medida está justificada y se encuentra en el campo de la intervención legítima del Estado en la economía, al imponer prohibiciones a actividades dirigidas a la *promoción* del consumo de un grupo de bienes determinados, sin que se afecte la fabricación de tales productos, ni la posibilidad que los mismos sean ofrecidos a potenciales consumidores. De este modo, la Corte concluye que la medida esta prohibición no afecta *per se* la libertad de empresa.⁸⁸

2. Argumento de la industria: La restricción del consumo viola la libertad de comercio. Aun si no se prohibiera la fabricación, la producción, la distribución o la comercialización de los productos de tabaco, la prohibición del consumo es una limitación o una restricción de la libertad económica.⁸⁹

Respuesta: La libertad de comercio se encuentra limitada por la obligación del Estado de proteger otros derechos. Las leyes de control de tabaco no prohíben la fabricación, producción distribución o comercialización (con la excepción de las restricciones en publicidad y marketing) de productos del tabaco porque su objetivo no es regular esas actividades.⁹⁰ El objetivo de la normativa de control de tabaco es regular el consumo de tabaco para proteger el derecho a la salud y la vida de consumidores y no fumadores.⁹¹

↘ *El derecho al comercio no es un derecho absoluto.* El derecho al comercio y a la libertad económica se deben balancear con el derecho a la salud, a la vida, a la información y a la seguridad de los/as ciudadanos/as.⁹² Dadas las contundentes evidencias que demuestran que el consumo de tabaco afecta negativamente dichos derechos, en este

87 *Id.*

88 Corte Constitucional de Colombia, III. Expediente D-8096 - Sentencia C-830/10, 20 de Octubre de 2010.

89 Demanda de Cámara de Comercio de Guatemala p. V.-) A), Inconstitucionalidad parcial general, 2158-2009, Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala.

90 Universidad de San Carlos de Guatemala, presentación como Amicus Curiae oponiéndose a la demanda de Cámara de Comercio de Guatemala p. V.-) A), Inconstitucionalidad parcial general, 2158-2009, Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, p. III.

91 *Id.*

92 Decisión de la Corte Constitucional de Guatemala, Cámara de Comercio de Guatemala v. Gobierno de Guatemala docket 2158-2009 (2010).

campo el derecho al comercio se encuentra lógicamente limitado.⁹³

- ↘ **Colombia:** La Corte Constitucional ha afirmado que “(...) la Constitución no otorga el mismo grado de protección a la iniciativa privada en todos los campos económicos. Así, el contenido esencial de la libertad económica varía según los tipos de actividades.”⁹⁴ Este tribunal ha resuelto un caso en el que se refiere directamente a esta situación, estableciendo claramente que la libertad comercial o económica es el mejor ejemplo en el cual los intereses generales tienden a imponerse por sobre los particulares afirmando que:

“(...) es innegable que la libertad del individuo en materia económica, si bien está protegida por la Constitución, también se encuentra limitada por la prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículo 333, 334 y 335 de la C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha desarrollado. Además, la Corte recuerda que es precisamente en el ámbito económico en donde, el interés general prima con claridad sobre el interés particular (C.P art. 1 y 58), puesto que sólo limitando, de manera razonable y proporcional, las libertades económicas, puede el Estado contribuir a realizar un “orden político, económico y social justo” (preámbulo) y a hacer efectivos los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos prestacionales de las personas.”⁹⁵

- ↘ **Perú:** El Tribunal Constitucional sostuvo recientemente que las limitaciones a los derechos al comercio y a las libertades económicas son permisibles si son proporcionales al bien protegido (es decir, el derecho a la salud pública, en este caso particular). En consecuencia, el Tribunal rechazó una impugnación a la constitucionalidad de la reforma de la Ley 28705, la Ley para la Prevención y Control de Riesgos del Consumo del Tabaco, que impone una prohibición absoluta de fumar en todos los establecimientos educativos y de salud, las instituciones públicas, los espacios interiores de trabajo, los espacios públicos cerrados y los medios de transporte público. Aunque la Corte consideró que la ley imponiendo ambientes 100% libres de humo afecta los derechos al comercio y a la libertad económica, consideró que la medida es admisible porque los derechos limitados no son absolutos y la ley pasa la prueba de proporcionalidad. El Tribunal sostuvo que las medidas impuestas por la Ley 28705 son proporcionales, ya que tienen un objetivo constitucionalmente válido, son el medio ideal para alcanzar ese fin, son necesarias y, finalmente, son estrictamente proporcionales.⁹⁶

93 Presentación judicial en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados Provincia de Santa Fe, p. 4.2.

94 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-176 de 1996.

95 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-265 de 1994.

96 Tribunal Constitucional del Perú. *Jaime Barco Rodas contra el Artículo 3º de la ley N. 28705 Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco*, proceso de inconstitucionalidad, Julio de 2011, sección 3, párrafo 28.

- ↘ **Guatemala:** Los artículos 43 y 44 de la Constitución de Guatemala limitan la industria, el comercio y el trabajo cuando vulneran otros intereses sociales. El artículo 44 establece específicamente que “el interés social prevalece sobre el interés particular.”⁹⁷ Las restricciones sobre la industria, el comercio y el trabajo están justificadas por el interés en el derecho a la salud (artículos 93-95).

C. Derecho a la propiedad

El derecho a la propiedad privada se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en las constituciones nacionales.⁹⁸ La industria del tabaco argumenta que las leyes para el control del tabaco que restringen la publicidad o prohíben fumar en lugares cerrados son inconstitucionales porque limitan o prohíben fumar en propiedades privadas como lugares de trabajo, restaurantes, bares y hoteles.⁹⁹ Según su punto de vista, los/as ciudadanos/as pueden hacer lo que quieren en su propiedad privada.¹⁰⁰

Si bien se encuentra protegido constitucionalmente, el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto. Las actividades ilegales que se llevan a cabo dentro de la propiedad privada siempre han estado sujetas a regulación por parte del Estado.¹⁰¹ Además, el Estado regula las actividades legales dentro del lugar de trabajo e impone requisitos para los empleadores. Por ejemplo, existen requisitos sobre salidas de emergencia y seguridad que se imponen sobre los lugares de trabajo de

97 Constitución de Guatemala, art. 44: “Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular.” (Énfasis agregado).

98 Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 21: “Artículo 21. Derecho a la propiedad 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

99 Sin embargo, muchas leyes para el control del tabaco establecen excepciones para estas industrias. Demanda de Cámara de Comercio de Guatemala, p. V.-) A).

100 *Id.*

101 Constitución Política de la República de Guatemala, art. 40: “Expropiación. En casos concretos, la propiedad privada podrá ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobadas. La expropiación deberá sujetarse a los procedimientos señalados por la ley, y el bien afectado se justipreciará por expertos tomando como base su valor actual. La indemnización deberá ser previa y en moneda efectiva de curso legal, a menos que con el interesado se convenga en otra forma de compensación. Sólo en caso de guerra, calamidad pública o grave perturbación de la paz puede ocuparse o intervenir la propiedad, o expropiarse sin previa indemnización, pero ésta deberá hacerse inmediatamente después que haya cesado la emergencia. La ley establecerá las normas a seguirse con la propiedad enemiga. La forma de pago de las indemnizaciones por expropiación de tierras ociosas será fijado por la ley. En ningún caso el término para hacer efectivo dicho pago podrá exceder de diez años.”

propiedad privada. Además, al aplicar el test de balanceo para resolver el posible conflicto entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a la salud, es fácil concluir que el interés mayor de proteger la salud de los/las trabajadores y del público debe prevalecer por sobre el menor interés en evitar limitaciones al derecho a la propiedad.¹⁰²

1. **Argumento de la industria: El derecho a la propiedad se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en las constituciones nacionales.** El artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la mayoría de las constituciones nacionales garantizan el derecho a la propiedad.¹⁰³ La industria tabacalera se apoya, por ejemplo, en lo siguiente:

➤ **Argentina:** “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; *de usar y disponer de su propiedad*; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.”¹⁰⁴

“La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada (...).”¹⁰⁵

➤ **Brasil:** La Constitución de Brasil garantiza el “derecho a la propiedad,” pero lo condiciona a “un proceso de expropiación por causa de necesidad o utilidad pública, o por interés social, mediante justa y previa indemnización en dinero, salvo los casos previstos en esta Constitución.” Los artículos 5, XXII y 170, II y III, también condicionan el derecho a la propiedad a su función social (*função social da propriedade*).

➤ **Guatemala:** El artículo 39 de la Constitución de Guatemala establece que se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. La Constitución de Guatemala (art. 40) establece un procedimiento de expropiación (es decir, *privación de la propiedad*), lo que significa que el derecho a la propiedad no se entiende como un derecho absoluto.

102 Ver, por ej., Siegel, Michael, Involuntary Smoking in the Restaurant Workplace, 270 J. Am. Med. Ass'n 490, 490 (1993).

103 Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 21.

104 Constitución de la Nación Argentina, art. 14 (énfasis agregado).

105 Constitución de la Nación Argentina, art. 17.

Respuesta: La Convención Americana sobre Derechos Humanos y las constituciones nacionales limitan el derecho a la propiedad en interés de la sociedad. En general, los intereses de la propiedad privada quedan subordinados a intereses sociales más grandes, incluida la protección de la salud pública.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce diferentes excepciones que habilitan la limitación del derecho a la propiedad.

- ↘ *Se pueden limitar los derechos a la propiedad para garantizar otros derechos.* El artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos condiciona el derecho a la propiedad a posibles limitaciones para proteger el interés de la sociedad al mencionar que “La ley puede subordinar [el uso y goce del derecho de propiedad] al interés social.”¹⁰⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que “el rol social de la propiedad es un elemento fundamental para su funcionamiento y, por este motivo, el Estado, para garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia en una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad, siempre respetando los casos que se indican en el artículo 21 de la Convención y los principios generales del derecho internacional.”¹⁰⁷
- ↘ *Se pueden limitar los derechos a la propiedad cuando el acto es legal, en relación con un interés legítimo del Estado y en forma proporcional a la finalidad de ese interés del Estado.* La Comisión ha dicho que se puede determinar si una ley “constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la propiedad de las supuestas víctimas realizando el siguiente test: i) si la restricción se impuso mediante una ley; ii) si la restricción responde a una finalidad legítima para proteger un interés social o para preservar el bienestar general en una sociedad democrática; y iii) si la restricción fue proporcional en el sentido de ser razonable para obtener dicho propósito y, en todo caso, sin sacrificar la esencia del derecho limitado(...).”¹⁰⁸ Una ley que satisfaga este test constituye una restricción permisible del derecho de propiedad. A continuación se realiza una demostración de la aplicación de esta prueba, y se muestra cómo las leyes de control de tabaco cumplen y superan el test.¹⁰⁹

Test en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Legalidad

- Cuando la ley se sancionó de acuerdo con el proceso regular que se establece en la ley interna de cada país, como ha sido consistentemente el caso de las regulaciones de tabaco, este requisito se considera cumplido.¹¹⁰

106 Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 21.

107 Salvador Chiriboga v. Ecuador, 2008 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 179 (2008), p. 60.

108 Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social v. Perú, Caso 12.670, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 38/09 (2009), p. 112.

109 Ver Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social v. Perú, (Carozza concurring, p. 3) para conocer una prueba alternativa.

110 *Id.* p. 113.

Finalidad legítima

- Las constituciones y el derecho interno establecen fines legítimos.
"El derecho a la vida es esencial para el ejercicio y el goce de todos los otros derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales."¹¹¹
"La preservación de la salud es parte del derecho a la vida y, por ello, las autoridades públicas tienen la obligación inmediata de garantizarla mediante acciones positivas."¹¹²
- El artículo 3 del CMCT de la OMS establece que "el objetivo de este Convenio y de sus protocolos es proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco."¹¹³
- Por lo tanto, todo esfuerzo para limitar la exposición a los ambientes con tabaco mediante la creación de lugares libres de humo, la prohibición de la publicidad y otros esfuerzos a fin de proteger a los/as ciudadanos/as, especialmente los/las jóvenes, contra el consumo pasivo de tabaco o el inicio en el consumo de tabaco, no se trata solamente de una finalidad legítima, sino también de una obligación del Estado.¹¹⁴

Proporcionalidad

- Esta es una determinación de hecho en cada caso concreto; sin embargo, mientras no se afecte la esencia del derecho a la propiedad (es decir, el derecho a usar un inmueble, el derecho a venderlo, etc.), las restricciones que impone la ley no se pueden considerar como una privación o una violación del derecho a la propiedad.¹¹⁵

Las medidas de control de tabaco no afectan la esencia de este derecho y resultan razonables para alcanzar los fines estatales de proteger los derechos a la vida y a la salud. Por ello, son permisibles bajo este test.

Las constituciones nacionales establecen excepciones que habilitan limitaciones al derecho a la propiedad según se indica anteriormente¹¹⁶ Además, las constituciones de algunos países reconocen la titularidad de un bien como un privilegio otorgado por

111 Presentación judicial en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados Provincia de Santa Fe, p. 3,1.

112 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Campodónico v. Ministerio de Salud y Acción Social, 823/1999.

113 CMCT, art. 3.

114 *Id.*

115 Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social v. Perú, p. 118, 125.

116 Tal es el caso de la Constitución Nacional de Guatemala, en su artículo 40 (citado anteriormente). Otro ejemplo es la Constitución de Brasil, la cual establece el propósito social de la propiedad como uno de los principios generales de las actividades económicas generales en su artículo 170.

el Estado con sujeción al interés público. En México, “la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares.” Por lo tanto, la propiedad privada es un privilegio creado por la Nación. La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que surjan del interés público.¹¹⁷

1. Argumento de la industria: Las restricciones sobre la publicidad y las prohibiciones de fumar en lugares cerrados violan el derecho a la propiedad privada.

El dueño de la propiedad debería poder determinar (con buenas o malas razones e incluso sin especificar razones) si admite a fumadores, no fumadores, a ninguno o ambos. Los clientes o empleados que se quejen pueden ir a otro lugar. No estarían renunciando a un derecho que alguna vez tuvieron. Por el contrario, de acuerdo con la industria tabacalera, cuando un empresario es obligado a aplicar en su propiedad una política sobre consumo de tabaco no deseada, el gobierno viola los derechos a la propiedad.¹¹⁸ Toda limitación al libre ejercicio del derecho a la propiedad, especialmente a empresas privadas, como consecuencia de la implementación de leyes para el control del tabaco, viola el derecho a la propiedad.¹¹⁹

Respuesta: El derecho a la propiedad privada se puede limitar en función de intereses colectivos superiores. Los espacios públicos como comercios y lugares de trabajo tienen mayores restricciones que aquellos privados y el Estado puede intervenir de manera más activa en su regulación. El Estado se encarga de regular lugares públicos teniendo en cuenta valores como la seguridad, la higiene o la salud. El criterio usado por una persona para disponer de una propiedad privada abierta al público no es plenamente discrecional. Esta concepción de la propiedad privada tan fuerte sólo se justifica en cuanto a las acciones del fuero íntimo, que implican un campo de reserva en el que el Estado tiene menos posibilidades de intervenir.

2. Argumento de la industria: La imposición de prohibiciones sobre la publicidad y las leyes libres de humo constituyen una expropiación ilegítima de la propiedad.

Las leyes que contemplan la imposición de multas excesivas violan el derecho a la propiedad porque se deberían considerar expropiaciones.¹²⁰ La industria tabacalera también sostiene que la regulación de la promoción y consumo de productos de tabaco disminuye sus ingresos y aumenta los costos.

117 Constitución de México, art. 27.

118 Levy, Robert, Bloomberg Smokes Out Property Rights. Disponible en: <http://www.cato.org/research/articles/levy-021009.html>.

119 Recurso de inconstitucionalidad de Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F., p. 8.2.5.

120 Presentación judicial de Universidad de San Carlos de Guatemala en carácter de *amicus curiae* en oposición al demandante Cámara de Comercio de Guatemala, p. III.

Respuesta: Las multas no son privaciones de propiedad. Una multa no es una privación de la propiedad; es otra forma de regulación con el fin de garantizar el cumplimiento del interés razonable del Estado, incluida la disuasión de ofensas que son previsibles y evitables por el potencial transgresor.¹²¹ Por su parte, el argumento adicional de que las regulaciones disminuyen los ingresos y aumentan los costos difícilmente cuenta como una razón fuerte en contra. Numerosas regulaciones gubernamentales importan mayores costos para cumplir con ellas, como la instalación y señalización de salidas de emergencia o la imposición de medidas de seguridad obligatorias en espacios de trabajo. En tales casos, la disminución en los ingresos y el aumento de los costos constituyen consecuencias aceptadas de una razonable intervención (*poder de policía*) en el derecho de propiedad para proteger la salud y la seguridad públicas.

3. Argumento de la industria: Las restricciones en el empaquetado y etiquetamiento expropian el valor de la marca de la compañía tabacalera.

Respuesta: El valor de la marca de la compañía tabacalera no prevalece por encima de la capacidad del Estado para emitir regulaciones para proteger a los/as consumidores/as de mensajes o imágenes que los lleven a creer, falsamente, que un producto de tabaco es menos dañino que otro. La Unión Europea, por ejemplo, sancionó una Directiva cuyo artículo 7 –titulado “Descripciones del producto” establece lo siguiente “a partir del 30 de septiembre de 2003 y sin perjuicio de lo establecido por el artículo 5(1), los textos, nombres, marcas y otros signos de cualquier tipo que sugieran que un producto de tabaco en particular es menos perjudicial que otros no podrá ser utilizado en el embalaje de los productos de tabaco.”

La validez de esta directiva fue cuestionada por British American Tobacco Ltd. y por Imperial Tobacco Ltd. en el caso C-491/01. En su decisión de 2002, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que la restricción no afectaba la sustancia de los derechos marcarios involucrados. El propósito de las regulaciones, según el Tribunal, era proteger la salud pública ya que los signos sugestivos de que ciertos productos de tabaco son menos dañinos pueden incrementar el consumo de tabaco. El Tribunal defendió la proporcionalidad de la medida en los siguientes términos:

150 "De los apartados 131 y 132 de la presente sentencia resulta que el artículo 5 de la

121 *Id.*

Directiva tiene por único efecto limitar el derecho de los fabricantes de productos del tabaco a utilizar el espacio de algunas de las caras de los paquetes de cigarrillos o de las unidades de envasado de tales productos para colocar en él sus marcas, sin menoscabar la esencia de su derecho de marca, efecto con el que se pretende garantizar un nivel elevado de protección de la salud en la supresión de las trabas derivadas de las legislaciones nacionales en materia de etiquetado. El artículo 5 de la Directiva constituye, a la luz de este análisis, una restricción proporcionada al ejercicio del derecho de propiedad, compatible con la protección que confiere a éste el Derecho comunitario."

(...)

153 "Habida cuenta de lo anterior, debe considerarse que las restricciones al derecho de marca que pueden derivarse del artículo 7 de la Directiva responden efectivamente a un objetivo de interés general perseguido por la Comunidad y no constituyen, con respecto al fin deseado, una intervención desmesurada e intolerable que menoscabe la propia esencia del mencionado derecho." (Caso C-491/01, Sentencia de la Corte de 10 Diciembre de 2002. *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd.*)

D. Derecho a la no discriminación – Igualdad ante la ley

La industria del tabaco y las industrias afiliadas han argumentado que ciertos aspectos de las leyes para el control del tabaco implican un tratamiento discriminatorio en violación de su derecho a la no discriminación.¹²² El problema inicial con esta postura es que las empresas son personas jurídicas en la mayoría de los países y, por lo tanto, no gozan de la protección contra la discriminación, principio que tiene la finalidad de proteger a las personas físicas y, aun en esos casos, sólo de formas de discriminación basadas en características tales como el origen étnico o nacional, la religión, el sexo, etc.¹²³ La regulación de las distintas industrias que proporcionan productos diferentes requiere de una regulación diferenciada. Asimismo, el argumento de que los derechos individuales deben ser protegidos en la mayor medida posible contra los peligros del consumo de tabaco se debe priorizar por encima de los argumentos de tratamiento discriminatorio.¹²⁴

En esta subsección, se analizan conjuntamente los dos principales argumentos de la industria del tabaco (discriminación contra ciertos bares o restaurantes, y discriminación en la regulación de la publicidad), ya que las respuestas posibles son similares y aplicables a ambos.

122 Demanda de Cámara de Comercio de Guatemala, p. IV.

123 Presentación judicial de IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados, p. 3.

124 *Id.*

1. Argumento de la industria: La legislación de espacios libres de humo discrimina a las industrias de la hospitalidad, los restaurantes y los bares. Las leyes que procuran instaurar ambientes libres de humo violan la igualdad ante la ley que garantiza el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y muchas constituciones nacionales.¹²⁵

2. Argumento de la industria: Las restricciones sobre la publicidad discriminan a la industria del tabaco. Las leyes que procuran instaurar prohibiciones sobre la publicidad del tabaco violan la igualdad mencionada en el punto anterior, teniendo en cuenta que no hay similares restricciones para con otras industrias.

Respuesta: Las empresas no son personas a los fines de los reclamos de no discriminación. Las empresas y otras entidades comerciales existen en virtud de una concesión por parte del Estado. Los seres humanos son sujetos activos de estos derechos en sí mismos y, por lo tanto, el derecho a la no discriminación, que se refiere a seres humanos, no se puede aplicar a las entidades comerciales cuya personería jurídica es ficticia.¹²⁶ Muchas constituciones prohíben la discriminación en razón de raza, religión, nacionalidad, etc. pero no en razón del estatus de una empresa. En muchos países dentro de la región de América del Sur y del Centro existen provisiones muy claras sobre no discriminación que son aplicables a la protección de seres humanos.¹²⁷ Por lo tanto, no existe base legal para respaldar el argumento de la industria.

- **Argentina:** El artículo 75 inciso 22 establece la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, que así se complementan con los derechos y garantías establecidos en el resto de la Constitución. De esta manera, se puede recurrir al ICCPR que en su artículo 26 establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El artículo 16 de la Constitución establece que “todos los habitantes son iguales ante la ley.” La utilización del término “habitante” y el resto del artículo en sí (el cual, por ejemplo, también prohíbe la existencia de fueros personales y garantiza el acceso al empleo con la idoneidad como único determinante) sólo puede interpretarse lógicamente en el sentido de que se aplica a personas físicas, no empresas. Por ello, el principio de no

125 Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24.

126 Presentación judicial de IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados, p. 3.

127 Constitución Argentina, art. 75, inciso 22, 1994. Constitución de Belice, sección 16.3, 1981. Constitución de Guatemala, sección 4, 1985, Constitución de Costa Rica, Sección 33, 1949 y Constitución de Brasil, Sección 3.IV, 1988.

discriminación garantizado en la Constitución argentina no constituye una objeción contra el tratamiento diferencial de industrias diferentes.

- ↘ **Belice:** El artículo 16 se refiere a la discriminación, entendiéndola como el trato diferenciado para diferentes personas basado solo o principalmente en razones de sexo, raza, lugar de nacimiento, opinión política, color o credo. Así, se incurre en discriminación cuando en base a alguna de esas características las personas son sujetas a incapacidades o restricciones que no se aplican personas de características diferenciadas que pueden tener privilegios u otras ventajas que no se dan a las primeras.
- ↘ **Guatemala:** El artículo 4 afirma la libertad e igualdad en dignidad y derechos para todos, lo cual no puede estar sujeto a ningún condicionamiento que afecte su dignidad.
- ↘ **Brasil:** El artículo 3. IV establece que uno de los objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil es promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación. El artículo 5 establece que todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad.
- ↘ **Costa Rica:** De acuerdo con el artículo 33, todas las personas son iguales ante la ley y no debe haber discriminación en contra de la dignidad del hombre.¹²⁸

Respuesta: Aún si las empresas fuesen verdaderos sujetos de derecho a los fines de los reclamos de no discriminación, la discriminación en este caso es un ejercicio legítimo del interés del Estado por proteger la salud pública. En forma analítica, una cláusula general de protección equitativa implica lo siguiente:

*Si no existe motivo suficiente para un tratamiento desigual, es obligatorio dar un tratamiento equivalente;*¹²⁹ y

*Si existen motivos suficientes para ordenar un tratamiento desigual, entonces se permite dar un tratamiento desigual.*¹³⁰

128 De acuerdo a las modificaciones de la Ley N. 4123, 31 de Mayo, 1968.

129 Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales (Ernesto Garzón Valdés trans., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2001) (1986), p. 408.

130 *Id.* En los Estados Unidos, donde las empresas tienen derechos contra la no discriminación, el estándar es que la acción del Estado debe adecuarse en forma estrecha a un interés convincente del Estado.

El Estado tiene un interés imperativo (*compelling state interest*) en el tratamiento desigual de las empresas a los fines de garantizar la salud pública contra los peligros del humo del tabaco. La obligación de los Estados de proteger el derecho a la vida y el derecho a la salud según se describe anteriormente¹³¹ no solamente es un motivo suficiente para ordenar un tratamiento desigual para el avance de la protección de dichos derechos, sino que también es una obligación de los Estados. El poder legislativo no actúa en forma arbitraria cuando sanciona estas leyes; sino que actúa de acuerdo con sus obligaciones internacionales y de acuerdo con las normas y los valores de la Constitución.¹³² El tratamiento desigual para la creación de ambientes libres de tabaco y para prohibir la publicidad de los productos de tabaco es una orden en virtud de la normativa nacional e internacional.¹³³ A menos que una constitución contenga una cláusula específica que garantice la igualdad de las posibilidades de publicidad entre todas las industria o que garantice la igualdad de posibilidad para llevar a cabo cualquier tipo de actividad en cualquier lugar, las leyes sometidas a revisión son acciones legítimas del interés del Estado para garantizar otros derechos humanos y derechos constitucionales.¹³⁴

Las restricciones sobre la publicidad y los lugares públicos libres de humo son las únicas medidas posibles para asegurar el interés que tiene el Estado en garantizar la salud pública; por lo tanto, la medida es proporcional y razonable.¹³⁵ En el caso de los ambientes libres de humo, la prohibición total de fumar en ciertos lugares es proporcional o perfectamente adecuada al interés de proteger a la población contra el consumo pasivo de tabaco y de protegerla contra el daño que causan los terceros.¹³⁶ En la defensa de la constitucionalidad de la Ley 28705, la cual instituyó una prohibición absoluta de fumar en todos los establecimientos de salud y educación, las instituciones públicas, los espacios interiores de trabajo, los espacios públicos cerrados y los medios de transporte público, el Tribunal Constitucional del Perú, citando un *Amicus* presentado por el *O'Neill Institute for National and Global Health Law, Campaign for Tobacco-Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, declaró que “la medida legislativa cuestionada en este proceso ‘no sólo es una regulación constitucionalmente válida sino exigible desde la perspectiva del Derecho Internacional de Derechos Humanos y la obligación de proteger el derecho a la salud.’” Por lo tanto, la Corte consideró que las restricciones sobre los derechos económicos y las libertades comerciales en este caso son proporcionales a la obligación del Estado de proteger el derecho del público a la salud.¹³⁷ En el caso de las prohibiciones de

131 *Id.*

132 Demanda de Cámara de Comercio de Guatemala, p. IV.

133 *Id.*

134 *Id.*

135 Presentación judicial de Universidad de San Carlos de Guatemala en carácter de *amicus curiae* en oposición al demandante Cámara de Comercio de Guatemala, p. III.

136 Demanda de Clínica de Interés Público del Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación, p. VIII.

137 Tribunal Constitucional del Perú. *Jaime Barco Rodas contra el Artículo 3º de la ley N. 28705 Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco*, proceso de inconstitucionalidad, Julio de 2011, sección 6, párrafo 81.

la publicidad, la medida es proporcional al interés de proteger a los/las adolescentes y a la población en general contra el inicio del consumo de tabaco.¹³⁸ Asimismo, es proporcional al avance del interés del Estado en disuadir los incrementos de consumo.¹³⁹

E. Derecho a trabajar

Argumento de la industria: La legislación de espacios libre de humo afecta irrazonablemente el derecho a trabajar. Las prohibiciones absolutas de fumar en espacios de trabajo afecta ilegítimamente el derecho a trabajar de los fumadores.

Respuesta: Muchas constituciones latinoamericanas protegen la libertad de trabajar y también establecen que dicha libertad puede ser limitada por las leyes por motivos de interés social y nacional.¹⁴⁰ Como se sostuvo previamente, la protección de la salud pública es ciertamente un interés nacional imperativo que la protección de los derechos a la vida y a la salud requieren. En este contexto, el derecho al trabajo no se ve afectado. Las leyes para el control del tabaco no se relacionan con el derecho a trabajar de los fumadores. Incluso si impactaran desproporcionadamente en las posibilidades de trabajo de los fumadores, los “fumadores” no son una categoría protegida a los efectos de medidas anti-discriminatorias. Estas leyes no impiden a los fumadores trabajar, o conseguir algún empleo en particular sino que simplemente regulan el consumo de tabaco en el lugar de trabajo. En este caso, no es necesario aplicar el test de balanceo. No existe un conflicto directo entre el derecho a trabajar y las disposiciones que prohíben fumar en el lugar de trabajo.

De hecho, en su reciente decisión sobre la constitucionalidad de la Ley 28705, el Tribunal Constitucional de Perú sostuvo que las prohibiciones absolutas de fumar son el único método para proteger eficazmente el derecho a la salud, sin afectación al derecho a trabajar de los fumadores. En este caso, la Corte dictaminó que el establecimiento de zonas para fumar, diseñadas específicamente para los fumadores, no protegería el derecho a la salud, y tampoco reduciría los impactos del consumo de tabaco en el grado requerido por el artículo 3 del CMCT.¹⁴¹ Además, la Corte encontró que el tabaquismo no puede ser considerado un riesgo de trabajo válido, porque no es un componente necesario de ninguna ocupación, y la creación

138 Presentación judicial en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados Provincia de Santa Fe, p. 4.1.B.

139 Presentación judicial de IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor en carácter de *amicus curiae* en apoyo de los demandados, p. 3.

140 Constitución Política de la República de Guatemala, art. 43: "Libertad de industria, comercio y trabajo. Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes."

141 Tribunal Constitucional del Perú. *Jaime Barco Rodas contra el Artículo 3º de la ley N. 28705 Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco*, proceso de inconstitucionalidad, Julio de 2011, sección8, párrafo 97.

de zonas especiales para fumadores incluso podría crear incentivos para fumar.¹⁴² Así, más que violar el derecho al trabajo de los fumadores, el no imponer una prohibición absoluta de fumar en el lugar de trabajo se traduciría en una violación del derecho de estar libre de la exposición al humo de segunda mano en el lugar de trabajo para ambos los fumadores y los no fumadores.

Por lo tanto, el derecho a trabajar en condiciones seguras es protegido a través de leyes de ambientes libres de humo. Las leyes que establecen espacios libres de humo son necesarias para proteger a los trabajadores del impacto del consumo pasivo de humo de tabaco y, en ese sentido, para implementar la efectiva protección del derecho a la salud.

- **México:** La constitución requiere que los empleadores organicen sus establecimientos “de tal manera que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores.”¹⁴³
- **Argentina:** La constitución requiere que la ley asegure “condiciones dignas y equitativas de labor.”¹⁴⁴

142 Tribunal Constitucional del Perú. Jaime Barco Rodas contra el Artículo 3º de la ley N. 28705 – Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, proceso de inconstitucionalidad, Julio de 2011, sección 8, párrafo 112.

143 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 123 (XV).

144 Constitución de la República Argentina, artículo 14 bis.

Conclusiones

Como se planteó al comienzo, esta guía busca responder a los esfuerzos de la industria tabacalera para atacar la normativa de control de tabaco en sede judicial. La industria y sus aliados han alegado que sus “derechos” de publicitar y comercializar sus productos, los “derechos” de los/as ciudadanos/as de consumir esos productos en espacios públicos u ocupacionales y los “derechos” de los/as propietarios/as y empleadores/as de permitir dicho consumo, se ven afectados cuando el Estado regula el tabaco. Los argumentos desarrollados en este manual podrían utilizarse para responder posibles demandas interpuestas por la industria. Asimismo, estos argumentos podrían usarse para demandar al gobierno o a las industrias para que adecúen su comportamiento a estándares que respeten el derecho humano de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, usando como marco de referencia el CMCT.

Referencias

Libros

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ernesto Garzón Valdés trans., 2001).

Gostin, Lawrence, *Public Health Law, Power, Duty, Restraint*, (Berkeley: University of California Press, 2nd ed. 2008).

Taylor, Peter, *Smoke Ring: The Politics of Tobacco* (London: Bodley Head, 1984).

Documentos Judiciales

Cámara de Comercio de Guatemala, reclamo de Inconstitucionalidad, 2158-2009, Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala.

Clínica de Interés Público del Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación, demanda en el caso Clínica de Interés Público del Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación v. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal de México, 2008.

Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, Amicus Curiae apoyando a los demandados, Confederação Nacional da Indústria v. Presidente da República, ADI/3311, Supremo Tribunal Federal de Brasil.

Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F., Demanda de inconstitucionalidad en el caso Nobleza Piccardo S.A.I.C. Y F. v. Provincia de Santa Fe, 188/2006, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

O'Neill Institute for National and Global Health Law y otras instituciones, Amicus Curiae apoyando a la Provincia de Santa Fe p. 4.1.B., Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. v. Provincia de Santa Fe, 188/2006, Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

Universidad de San Carlos de Guatemala, Amicus Curiae oponiéndose al reclamo de la Cámara de Comercio de Guatemala p. III, reclamo de Inconstitucionalidad, 2158-2009, Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala.

Decisiones / Casos

44 Liquor Mart, Inc. v. Rhode Island, 517 U.S. 484, 501 (1996).

Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social v. Perú, Case 12.670, Inter-Am. C.H.R., Report No. 38/09 (2009).

Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350, 383-84 (1977).

Breard v. City of Alexandria, 341 U.S. 622 (1951).

Cámara de Comercio de Guatemala v. Gobierno de Guatemala, Corte Constitucional de Colombia 2158-2009 (2010).

Campodónico v. Ministerio de Salud y Acción Social, 823/1999, Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

Capital Broadcasting Co. v. Mitchell, 333 F. Supp. 582 (D.D.C. 1971).

Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm'n, 447 U.S. 557, 561 (1980).

Cincinnati v. Discovery Network, Inc., 507 U.S. 410, 426, 123 L. Ed. 2d 99, 113 S. Ct. 1505 (1993).

Corte Constitucional de Colombia, Decisión C-176, 1996.

Corte Constitucional de Colombia, Decisión C-265, 1994.

Corte Constitucional de Colombia, Expediente D-8096 - Sentencia C-830/10, 2010.

Florida Bar v. Went For It, Inc., 115 S. Ct. 2371, 2379 (1995).

Greater New Orleans Broadcasting Assn., Inc. v. United States, 527 U.S. 173 (1999).

Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931).

Ohralik v. Ohio State Bar Ass'n, 436 U.S. 447, 456 (1978).

R and others v. The Secretary of State for Health [2004] EWHC 2493.

Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico, 478 U.S. 328 (1986).

Salvador Chiriboga v. Ecuador, 2008 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 179 (2008)

Suprema Corte de Justicia de México, Jorge Francisco Balderas Woolrich, amparo en revisión 315/2010 interpuesto contra 1791/2008, decidido 28/03/2011, ponente José Ramón Cossío Díaz.

The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd, C-491-01 (2002).

Tribunal Constitucional del Perú. Jaime Barco Rodas contra el artículo 3º de la ley N. 28705 — Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, proceso de inconstitucionalidad, Julio de 2011.

United States v. Edge Broadcasting Co., 509 U.S. 418 (1993).

Valentine v. Chrestensen, 316 U.S. 52 (1942).

Viceconti v. Ministry of Health and Social Welfare – Poder Judicial de la Nación. Causa no. 31.777/96 (1998).

Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel, 471 U.S. 626, 651 & n.14 (1985).

Constituciones

Constitución de la Nación Argentina, arts. 14, 14 bis, 17, 32 y 75.

Constitución de Belice, sección 16.3.

Constitución Federal de Brasil, art. 6.

Constitución de Costa Rica, sección 33.

Constitución Política de la República de Guatemala, arts. 40, 43 y 44.

Constitución de México arts. 4 para. 6 y 27.

Artículos

The World Cigarette Pandemic-Part II, 85 N.Y. State J. Med. 391 (1985).

Blecher, Evan, The impact of tobacco advertising bans on consumption in developing countries, 27 J. of Health Econ., 930 (2008).

Bloch, Michele et al., Tobacco use and secondhand smoke exposure during pregnancy: an investigative survey of women in 9 developing nations, 98 AM. J. OF PUB. HEALTH 1833 (2008).

Bollyky, Thomas and Lawrence Gostin, The United States' Engagement in Global Tobacco Control: Proposals for Comprehensive Funding and Strategies, 301(23) J. Am. Med. Ass'n. 2637-38 (2010). Carlos Sanchez Mejorada, The Writ of Amparo, 243 Essential Human Rights 107 (1946).

Cabrera, Oscar and Alejandro Madrazo. Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America. S2 Salud Publica de México 288-97 (2010).

DiFranza JR, Wellman RJ, Sargent JD, Weitzman M, Hipple BJ and Winickoff JP. Tobacco promotion and the initiation of tobacco use: assessing the evidence for causality. 117 *Pediatrics* 1237-48 (2006). Disponible en: <http://pediatrics.aappublications.org/cgi/content/full/117/6/e1237>.

Gostin, Lawrence, Global Regulatory Strategies for Tobacco Control, 298 *J. AM. MED. ASS'N* 2057 (2007).

Greenwood, Daniel, Essential Speech: Why Corporate Speech is Not Free, 83 *Iowa L. Rev.* 995 (1998).

Krugman, Dean, et al., Understanding the role of cigarette promotion and youth smoking in a changing marketing environment. *J. Health Commun.* 261-78 (2005). Disponible en: <http://www.informaworld.com/smpp/ftinterface~content=a714034939~fulltext=713240928>.

Levy, David, et al., The effects of tobacco control policies on smoking rates: a tobacco control scorecard. *J. Public Health Manag. Pract.* 338-53 (2004).

Lopez, Allen, et al., A descriptive model of the cigarette epidemic in developed countries. *Tob Control* 242-247 (1994). Disponible en: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1759359/pdf/v003p00242.pdf>.

Lovato Chris, et al., Impact of tobacco advertising and promotion on increasing adolescent smoking behaviours. *Cochrane Database of Systematic Reviews* 2003:CD003439. Disponible en: http://www.mrw.interscience.wiley.com/cochrane/clsysrev/articles/CD003439/pdf_fs.html.

Menezes, Ana, et. al., Prevalence of smoking and incidence of initiation in the Latin American adult population: the PLATINO study, 9 *BMC Public Health* 151 (2009). Disponible en: <http://www.biomedcentral.com/1471-2458/9/151>.

Muller, Fernando and Luis Wehbe, Smoking and Smoking Cessation in Latin America: a review of the current situation and available treatments, 3 *Int'l J. COPD* 285 (2008).

Nogueira, Humberto, El Derecho a la Información en el Ámbito del Derecho Constitucional Comparado en Iberoamérica y Estados Unidos, 48 *El Derecho a la Información y Derechos Humanos UNAM* (2000).

Siegel, Michael, Involuntary Smoking in the Restaurant Workplace, 270 *J. AM. MED. ASS'N* 490, 490 (1993).

Tye, Joe, et al., Tobacco Advertising and Consumption: Evidence of a Causal Relationship, 8 *J. Public Health Pol.* 492, 494 (1987).

Wellman Robert, et al., The extent to which tobacco marketing and tobacco use in films contribute to children's use of tobacco: a meta-analysis. 160 *Arch. Pediat. Adol. Med.* 1285-96 (2006). Disponible en: <http://archpedi.ama-assn.org/cgi/content/full/160/12/1285>.

Reportes / Informes

Amparo en revision 91/2004. Crédito Afianzador, S.A. de C.V., Compañía Mexicana de Garantías. October 20, 2004. Voto unánime. Relator: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Raúl M. Mejía Garza.

Food and Agriculture Organization of the United Nations, Higher world tobacco use expected by 2010 - growth rate slowing down, Disponible en: <http://www.fao.org/english/newsroom/news/2003/26919-en.html> (visitado en August 15, 2011).

Organización Panamericana de la Salud CD50.R8, 62ª sesión del Comité Regional, Octubre de 2010.

Levy, Robert, Bloomberg Smokes Out Property Rights, Disponible en: <http://www.cato.org/research/articles/levy-021009.html>.

Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Comentario General No. 4 (2003)*, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, p. 10, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (1 de Julio, 2003).

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Comentario General No. 14 (2000)*, El derecho al nivel más alto posible de salud física y mental, p. 33, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (11 de Agosto, 2000).

Uprimny, Rodrigo and Camilo Castillo. *Constitución, democracia y tabaco en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), Bogotá, 2009.

U.S. Department of Health & Human Services, Office of the Surgeon General, *The Health Consequences of Smoking: A Report of the Surgeon General*, May 27, 2004, Disponible en: <http://www.surgeongeneral.gov/library/smokingconsequences>.

U.S. National Cancer Institute 2009 Monograph 19, *The Role of the Media in Promoting and Reducing Tobacco Use*, Disponible en: <http://cancercontrol.cancer.gov/tcrb/monographs/19/index.html>.

U.S. Surgeon General. *Reducing tobacco use: A report of the Surgeon General*. Capítulo 5: Regulatory efforts. 2000, Disponible en: http://www.cdc.gov/tobacco/data_statistics/sgr/sgr_2000/00_pdfs/chapter5.pdf.

Tratados e instrumentos internacionales

Directrices para la aplicación del artículo 11 sobre el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco (decisión FCTC/COP3(10)).

Directrices para la aplicación del artículo 5.3 de la CMCT sobre la protección de las políticas de salud pública relativas al control del tabaco contra los intereses comerciales y otros intereses creados de la industria tabacalera (decisión FCTC/COP3(7)).

Directrices para la aplicación del artículo 8 de la CMCT sobre la protección contra la exposición al humo de tabaco (decisión FCTC/COP2(7)).

Directrices parciales para la aplicación de los artículos 9 y 10 de la CMCT sobre regulación de los contenidos de los productos de tabaco y regulación de la información de los productos de tabaco a hacer disponible (decisión FCTC/COP4(10)).

Directrices para la aplicación del artículo 13 de la CMCT sobre publicidad, promoción y patrocinio del tabaco (decisión FCTC/COP3(12)).

Directrices para la aplicación del artículo 12 del CMCT sobre educación, comunicación, formación y concientización del público (decisión FCTC/COP4(7)).

Directrices para la aplicación del artículo 14 del CMCT sobre medidas de reducción de la demanda relativas a la dependencia y al abandono del tabaco (decisión FCTC/COP4(8)).

Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Marco para el Control de Tabaco de la OMS.

Convención sobre los Derechos del Niño, art. 17(e), 1577 U.N.T.S. 3.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - "Protocolo De San Salvador".

ELABORADO POR **O'NEILL INSTITUTE FOR NATIONAL AND GLOBAL HEALTH LAW**
APOYADO POR **CAMPAIGN FOR TOBACCO FREE KIDS**



O'NEILL INSTITUTE FOR NATIONAL AND GLOBAL HEALTH LAW

GEORGETOWN UNIVERSITY LAW CENTER

WWW.LAW.GEORGETOWN.EDU/ONEILLINSTITUTE

E-MAIL: ONEILLINSTITUTE@LAW.GEORGETOWN.EDU

CAMPAIGN FOR TOBACCO-FREE KIDS

WWW.TOBACCOFREEKIDS.ORG

DESIGN **BRENT FUTRELL** GEORGETOWN LAW COMMUNICATIONS

GEORGETOWN LAW