

TRIBUNALES SUPERIORES EN LATINOAMÉRICA Y SU RESPALDO A LAS MEDIDAS DE CONTROL DE TABACO COMO FORMA DE PROTEGER EL DERECHO HUMANO A LA SALUD

LATIN AMERICAN HIGH COURTS AND THEIR SUPPORT FOR TOBACCO CONTROL POLICIES AS A WAY TO PROTECT THE HUMAN RIGHT TO HEALTH

JUAN CARBALLO¹, GIANELLA SEVERINI² Y LUCIANA SEVERINI³

Fecha de recepción: 31/10/2017

Fecha de aceptación: 13/11/2017

RESUMEN

Frente al fuerte impacto del tabaquismo en la salud pública, la obligación de los Estados de proteger el derecho humano a la salud exige la implementación de ciertas medidas de control de tabaco. En el último tiempo, altos tribunales de la región ratificaron la necesidad de avanzar en estas medidas, marcando la fuerte conexión entre los derechos humanos y las políticas de control de tabaco como mecanismo de protección de la salud y reconociendo el importante rol del Convenio Marco para el Control de Tabaco de la Organización Mundial de la Salud.

ABSTRACT

Taking into account tobacco epidemic's impact on public health, States' obligations to protect the right to health call for the implementation of certain tobacco control policies. In recent times, high courts from Latin America ratified the need to advance on these policies, highlighting the strong link between human rights and tobacco control policies as mechanisms for the protection of health and stressing the key role of the World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control.

¹ Abogado, Universidad Nacional de Córdoba. Máster en Derecho, Georgetown University. juanmcarballo@gmail.com

² Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. gianeseverini@gmail.com

³ Estudiante avanzada de la facultad de derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. luseverini.ch@gmail.com

Palabras clave: Control de tabaco, Derechos Humanos, Derecho a la Salud, Tribunales Superiores de Latinoamérica

Key Words: Tobacco Control, Human Rights, Right to Health, Latin-American High Courts

I. Introducción

A escala mundial, el tabaquismo es responsable de más de 6 millones de muertes anuales⁴ y de costos sanitarios y ambientales que exceden las recaudaciones fiscales por impuestos al tabaco. Esta epidemia se cobra más vidas que la tuberculosis, el VIH/SIDA y el paludismo juntos y representa la primera causa de muerte prematura evitable a nivel mundial.

La experiencia en las últimas décadas ha demostrado que una serie de medidas de control de tabaco, como por ejemplo la prohibición de fumar en lugares públicos y las restricciones en publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, entre muchas otras, pueden reducir en gran medida la prevalencia y los impactos nocivos del tabaquismo⁵. En particular, la región de Latinoamérica ha liderado mucho de los avances en estas políticas⁶. Estas medidas lentamente han reducido la epidemia, a pesar de la fuerte oposición de varios sectores liderados por la industria tabacalera.

En este sentido, resulta apropiado que el control del tabaco sea precisamente el foco de un tratado global ratificado por 181 países. El Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (CMCT)⁷ es un tratado internacional de salud pública que entró en vigor el 27 de febrero de 2005 y que se elaboró como respuesta a la preocupación por la propagación mundial de la epidemia del tabaquismo y sus consecuencias para la salud pública.

Los convenios marco son tratados vinculantes de derecho internacional. Por su propia naturaleza, no son diferentes a otros tipos de tratados y por ello le son aplicables las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸. El CMCT ha sido calificado en la doctrina internacional⁹ como un fuerte instrumento vinculante de derecho internacional que no necesita de mayores precisiones para ser exigible. La referencia a ser un convenio marco no implica entonces la inexistencia de obligaciones específicas sino más bien al reconocimiento de un cierto margen de flexibilidad para la implementación de las mismas, el cual puede variar de acuerdo a la redacción de cada convenio. En general, los tratados marco están siendo utilizados para enfocarse en temas de preocupación global como el cambio climático y la afectación a la capa de ozono¹⁰. Estas convenciones marco generan una plataforma jurídica internacional impulsando a los Estados parte a aplicar los mandatos de acciones a través de acuerdos subsiguientes en

⁴ Organización Mundial de la Salud (2013): Informe sobre la epidemia mundial del tabaquismo (http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85382/1/WHO_NMH_PND_13.2_spa.pdf?ua=1) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017).

⁵ LEVY D, Ellis J, MAYS D, Huan AT (2013) Smoking related deaths averted due to three years of policy progress. *Bull World Health Organ*, 91:509-518.

⁶ Organización Panamericana de la Salud (2016): Informe sobre el Control del Tabaco en la Región de las Américas. A 10 años del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, Washington, DC.

⁷ Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (2003) (<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42813/1/9243591010.pdf>) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017).

⁸ MATZ-LÜCK, Nele (2009): Framework Conventions as Regulatory Tools, *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Goettingen Journal of International Law*, Vol. 1, No. 3, P. 439-458.

⁹ LIBERMAN, Jonathan (2014): The power of the WHO FCTC: understanding its legal status and weight, *The Global Tobacco Epidemic and the Law*, editado por Andrew D. Mitchell y Tania Voon, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, P. 5.

¹⁰ BODANSKY, Daniel (2011): A Tale Of Two Architectures: The Once And Future U.N. Climate Change Regime, 43 *Ariz. St. L. J.* P.697.

muchos casos en forma de directrices¹¹.

Asimismo, en el propio preámbulo del CMCT se establece la conexión con instrumentos tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹². Como se observa, desde el propio planteamiento del CMCT, ya existe un claro vínculo de sus medidas con obligaciones de derecho humanos contenidas en otros instrumentos internacionales.

Más allá de esa vinculación formal inicial, la interrelación entre las políticas de control de tabaco y las obligaciones de derechos humanos ha permitido que organismos de monitoreo de derechos humanos fortalezcan aún más esa conexión. Diferentes comités de derechos humanos, como parte de las recomendaciones para que los Estados parte cumplan con sus obligaciones, han aconsejado explícitamente la ratificación del CMCT al tiempo de exigir políticas puntuales siguiendo los lineamientos de ese convenio. De este modo, estos organismos han utilizado al CMCT como una herramienta para interpretar en concreto la obligación de proteger la salud¹³.

Por otra parte, en los últimos años, ha aumentado el litigio a nivel nacional, a menudo directamente relacionado con los compromisos asumidos en materia de derechos humanos. En este sentido, litigios recientes en América Latina sobre control de tabaco confirman la conexión de estas medidas con los derechos humanos, dado que numerosas cortes han establecido que la obligación de los Estados de proteger el derecho a la salud obliga a los gobiernos a establecer medidas de control de tabaco.

El presente escrito fue desarrollado a los fines de realizar un análisis acerca de la obligación de los Estados de cumplir con ciertas medidas de control de tabaco para proteger el derecho a la salud y, en consecuencia, sobre la vinculación existente entre el CMCT con los derechos humanos. En primer lugar, se hará referencia a la posibilidad de categorizar a un tratado internacional como un tratado de derechos humanos en sí mismo. Luego, se expondrá acerca de la vinculación entre los derechos humanos y el control de tabaquismo como mecanismo de protección de la salud haciendo referencia a los criterios otorgados por distintos organismos internacionales. Por último, se expondrán decisiones de tribunales superiores de Latinoamérica que han reconocido a las medidas de control de tabaco como instrumentos relevantes para proteger la salud y en oportunidades manifestado expresamente su conexión con los derechos humanos. Las políticas de control de tabaco a menudo generan pronunciamientos judiciales¹⁴. Sin embargo, muchos de esos casos de litigio son resueltos en las primeras instancias. En este trabajo se enfoca en aquellos casos judiciales que fueron decididos por los máximos tribunales de países de Latinoamérica¹⁵. Es decir, el foco en decisiones de altos tribunales de Argentina, Uruguay, Perú, Colombia, Panamá, Costa Rica y Guatemala responde a la razón

¹¹ HALABI, Sam (2011): The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: An Analysis of Guidelines Adopted by the Conference of the Parties, University of Tulsa College of Law, July 16, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 39, No. 1, University of Tulsa Legal Studies Research Paper No. 2011-12.

¹² "Recordando el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (...) en el que se declara que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; Recordando que en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (...) se establece que los Estados parte en dicha Convención adoptarán medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica; Recordando además que en la Convención sobre los Derechos del Niño (...) se establece que los Estados parte en dicha Convención reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (...)" (Extracto del preámbulo del CMCT).

¹³ CABRERA, Oscar A.; MADRAZO, Alejandro (2010): Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America, Salud Publica de Mexico 52, P.288-297.

¹⁴ MIURA MI, DAYNARD RA, SAMET JM (2006): The role of litigation in tobacco control, Salud Publica Mex 48 Suppl 1:S121-36.
CABRERA Oscar A.; CARBALLO, Juan Martin (2013): Tobacco Control Litigation: broader impacts on health rights adjudication, The Journal of Law, Medicine & Ethics; 41; 1; 3-2013; 147-162

¹⁵ El universo general de casos se toma de la base de jurisprudencia y legislación realizada en conjunto por el O'Neill Institute for National and Global Health Law at Georgetown University y por Campaign for Tobacco-Free Kids y que se puede acceder en <https://www.tobaccocontrollaws.org>.

de que son los únicos países en los que se han resuelto casos de esta área en ese nivel judicial¹⁶. Cabe destacar que muchos de los litigios desarrollados a continuación han sido y serán herramientas poderosas para el control del tabaco y la protección del derecho a la salud en su forma amplia.

II. Sobre la categorización de un instrumento internacional como tratado de derechos humanos

La cuestión de la categorización de un tratado como de derechos humanos no tiene una respuesta normativa o institucional. Es decir, no existen procedimientos o instituciones que tengan la función de determinar si un determinado instrumento internacional está incluido dentro de esa categoría o no. Existen sistemas de protección de derechos humanos tanto a nivel global como regional y tratados conectados con esos sistemas. Sin embargo, no hay una norma en el derecho internacional público que exija una conexión con alguno de esos sistemas para gozar de ese carácter.

A nivel teórico, es posible enumerar una serie de características compartidas por algunos de los instrumentos a los que se les reconoce claramente su categoría de tratado de derechos humanos¹⁷: los beneficiarios de las obligaciones del tratado no son los Estados contratantes sino sus respectivas poblaciones; cuentan con esquemas de rendición de cuentas basados en la presentación de informes de avances; y su desarrollo y estructuración se vincula con organizaciones internacionales.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos los tratados de derechos humanos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, sino que *“su objetivo y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los propios Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”*¹⁸.

Los derechos humanos implican obligaciones a cargo del Estado, que tiene la responsabilidad concreta de respetar, garantizar, proteger y velar por su real cumplimiento. De este modo, las acciones u omisiones de los funcionarios públicos que vulneran un derecho consagrado en un instrumento internacional de derechos humanos compromete su responsabilidad a nivel internacional, habilitando el funcionamiento de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, constituyendo un control externo de la conducta y actuación de los funcionarios estatales. Asimismo, estos tratados muy frecuentemente implican la generación de esquemas de rendición de cuentas basadas en informes de avance de los propios países.

Considerando lo antedicho, es claro que el CMCT podría ser entendido como un tratado de derechos humanos. En primera medida, sus obligaciones benefician más directamen-

16 Se excluyen dos casos que podrían haber sido incorporados formalmente: caso Balderas Woolrich resuelto en 2011 por la Corte Suprema de México y caso Cámara de Comercio de Guatemala decidido en 2010 por la Corte Constitucional de Guatemala. Esos casos no fueron incluidos porque en la argumentación de la decisión los tribunales no se enfocaron en cuestiones específicas de control de tabaco sino de construcción de un tributo (Guatemala) o en la viabilidad del uso del amparo para un reclamo colectivo de salud (México).

17 El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos enumera los principales tratados de derechos humanos y que comparten las características mencionadas en el presente trabajo: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982): El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, párrafo 29.

te a las respectivas poblaciones de los Estados ratificantes que al resto de los contratantes. Si bien algunas obligaciones, como, por ejemplo, la eliminación del tráfico ilícito o la regulación de la publicidad transfronteriza, son relevantes para el resto de las partes contratantes, es evidente que las exigencias que surgen del CMCT tienden principalmente a la protección de las poblaciones de cada uno de los Estados parte. Asimismo, el CMCT establece una obligación de informar el avance de su cumplimiento y se encuentra conectado con la Organización Mundial de la Salud, una organización internacional establecida por los Estados para la protección de derechos y valores establecidos de común acuerdo. Finalmente, y al igual que otros tratados que son considerados como de derechos humanos por doctrina y actores del sistema¹⁹ (como la Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), el CMCT implica la profundización de medidas de protección a favor de la población respecto de un tema concreto pero con una clara conexión con otro derecho humano reconocido. En el caso del CMCT, esa conexión se da con el derecho humano a la salud.

III. Los organismos internacionales y la conexión entre derechos humanos y control de tabaco

Diferentes comités de derechos humanos han ratificado la fuerte vinculación del CMCT con el derecho internacional de derechos humanos. Dentro de las recomendaciones para que los Estados parte cumplan con sus obligaciones, han recomendado entre otras, la política de ambientes libres de humo, las restricciones a la publicidad o el establecimiento de impuestos especiales para los productos de tabaco. De este modo, se utiliza el CMCT como un estándar para entender qué alcance tienen las obligaciones derivadas del derecho humano a la salud en particular frente a la epidemia de tabaquismo. Es de destacar que este tipo de vinculación se ha hecho incluso respecto a países que no han ratificado el CMCT con lo que la conexión con las obligaciones de derechos humanos se hace aún más fuerte.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) provee un primer ejemplo de esa conexión entre el CMCT y las obligaciones de derechos humanos. En el 2009, durante el examen periódico de Brasil, el Comité recomendó al gobierno que, como Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), tomara medidas para reducir el impacto del tabaco en la población en los siguientes términos: *“30. El Comité recomienda que el Estado parte adopte medidas para prohibir la promoción de los productos de tabaco y apruebe legislación para garantizar que todos los espacios públicos cerrados estén completamente libres de tabaco”*²⁰. Como queda expuesto en la recomendación, el CDESC utiliza el CMCT como estándar para evaluar el cumplimiento con las obligaciones que se derivan del derecho a la salud según está reconocido en el PIDESC.

Como se anticipara, la vinculación se repite incluso para países que no han ratificado el CMCT, como es el caso de Argentina. En su última revisión del cumplimiento de obligaciones del PIDESC, el CDESC afirmó lo siguiente: *“Preocupa al Comité el alto nivel de consumo de tabaco en el Estado parte, especialmente entre las mujeres y los jóvenes*

¹⁹ El Alto Comisionado de Naciones Unidas hace un listado de los principales instrumentos de derechos humanos: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>. Por otra parte, a nivel doctrina, se puede usar como una referencia general la clásica obra de Philip Alston y Ryan Goodman: Alston, Philip y Ryan Goodman (2000), *International Human Rights in Context*, Oxford.

²⁰ CESCR (2009): Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Brasil, E/C.12/BRA/CO/2, P. 31.

(art. 12, párr. 1). El Comité recomienda al Estado parte que ratifique y aplique el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco y que elabore políticas fiscales, de fijación de precios y de sensibilización de la población que sean eficaces para reducir el consumo de tabaco, en particular entre las mujeres y los jóvenes²¹.

Del mismo modo, es posible encontrar una recomendación específica al problema del tabaquismo en el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Al analizar el cumplimiento con las obligaciones derivadas del derecho a la salud en relación con las mujeres, el CEDAW en su última recomendación al Estado argentino expresó su preocupación por el uso generalizado de tabaco entre las mujeres e instó a las autoridades nacionales a que ratifiquen el CMCT y adopten políticas públicas que busquen reducir el consumo de tabaco y los daños para la salud que produce esta adicción²².

Finalmente, también el Comité por los Derechos del Niño, hizo referencia a políticas de control de tabaco como un problema de derechos humanos. Este ha expresado su preocupación por los altos niveles de consumo de tabaco entre adolescentes al revisar las obligaciones de Bolivia en 2005 y ha reconocido como un avance en la protección de derechos humanos de niños y niñas la aprobación de una restricción a la publicidad de tabaco en Tailandia (2006).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) otorgó en 2016 una audiencia temática sobre la problemática de la epidemia del tabaquismo en las Américas ante el pedido de la Fundación Interamericana del Corazón Argentina, Action On Smoking & Health y O'Neill Institute for National and Global Health Law. Durante la audiencia, Esmeralda Arosemena de Troitiño, comisionada de la CIDH, reconoció la corrupción en las acciones de la industria tabacalera y la necesidad de que los organismos internacionales se involucren en este punto para la protección de los derechos humanos²³. Como se observa, la fuerte conexión entre las políticas de control de tabaco y las obligaciones de derechos humanos ha permitido que organismos de monitoreo de derechos humanos fortalezcan aún más esa conexión. De este modo, se utiliza el CMCT como un estándar para entender qué alcance tiene las obligaciones derivadas del derecho humano a la salud en particular frente a la epidemia de tabaquismo.

Por todo lo expuesto, la vinculación del CMCT con tratados de derechos humanos ha sido también marcada a nivel doctrinario²⁴. Incluso se ha planteado que el CMCT *“es un tratado de derechos humanos y debe ser interpretado como tal y fortalecido a través de la implementación vinculada con otros tratados y principios de derechos humanos”*²⁵.

IV. El reconocimiento de Tribunales Superiores de Latinoamérica

Esta fuerte vinculación entre el CMCT y los tratados de derechos humanos es de tal magnitud que en numerosas ocasiones ha sido considerado como un tratado de derechos humanos en sí mismo. Esta fue la posición adoptada por diferentes altos tribuna-

²¹ CESCR (2011): Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Argentina, E/C.12/ARG/CO/3, P. 23.

²² CEDAW (2010): Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Argentina. CEDAW/C/ARG/6, P.15.

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016): Audiencia temática sobre la problemática de la epidemia del tabaquismo (<http://www.oas.org/en/iachr/sessions/default.asp>) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017)

²⁴ CABRERA, Oscar A.; GOSTIN, Lawrence O (2011): Human rights and the Framework Convention on Tobacco Control: mutually reinforcing systems, Cambridge University Press, International Journal of Law in Context 7 (3): 285-303.

²⁵ GOMES, Paula Gecislany Vieira da Silva (2014): Convenção-quadro para o controle do tabaco: políticas públicas de implementação, Tese de doutorado. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, P. 165.

les de Latinoamérica. Más allá de la categorización que se haga del CMCT, en diversas decisiones, estos altos tribunales han reconocido la importancia de este tratado, han afirmado su conexión con los derechos humanos, otorgado preeminencia al derecho a la salud por sobre las libertades comerciales, tomado al CMCT como medida base de interpretación y destacado el rol de la evidencia científica, entre otros puntos, como se verá a continuación.

1. El derecho a la salud por sobre las libertades comerciales en Argentina

En lo que respecta a la preeminencia del derecho a la salud por sobre otras libertades comerciales, un fallo reciente (2015) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, rechazó el pedido de inconstitucionalidad realizado por British American Tobacco Argentina (BAT Argentina) en contra de una ley de la provincia de Santa Fe que establecía la prohibición completa de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco²⁶.

La Corte Suprema reconoció la importancia de las medidas dictadas en línea con el CMCT, aunque Argentina no lo haya ratificado, y admitió la posibilidad de regular la publicidad, promoción y patrocinio de los productos de tabaco tanto a nivel provincial como nacional. La decisión reconoció que las restricciones a la publicidad de tabaco no violan ningún derecho constitucional, sino que, muy por el contrario, satisfacen las obligaciones constitucionales de garantizar el derecho fundamental a la salud. De este modo, la Corte sostuvo que el derecho a la salud *“está íntimamente relacionado con el derecho a la vida (...) que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (...) y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía”*²⁷, implicando de este modo una obligación impostergable del Estado Nacional para garantizarlo con acciones positivas.

De esta forma, la Corte reconoció que la prohibición total de publicidad y promoción de productos de tabaco es adecuada y proporcionada ya que resulta conducente para lograr la reducción del hábito de fumar y no constituye una restricción excesiva para las libertades económicas de las empresas²⁸. Asimismo, expresó que el discurso de la empresa tiene el solo efecto de fomentar el consumo de bienes y no tiene una estrecha relación con el funcionamiento del sistema republicano y democrático. Por lo tanto, no existe fundamento constitucional para otorgarle una protección tan intensa como a otras manifestaciones de ideas que forman parte de la necesaria participación y deliberación en toda sociedad democrática, ni tampoco para evaluar las limitaciones que las leyes impongan con el escrutinio particularmente estricto que suele aplicarse en materia de libertad de expresión. En este sentido, dado que la publicidad de tabaco es una mera expresión comercial, las restricciones a la publicidad son razonables en pos del derecho que se pretende proteger.

Sumado a ello, la Corte se remitió a la Organización Panamericana de la Salud y refirió a la *“suficiente evidencia científica conocida acerca de los efectos perniciosos para la salud que ocasiona el consumo de tabaco y la exposición al humo que produce, y de la necesaria difusión de las estrategias y acciones encaminadas para prevenirlos”*²⁹. Por lo cual, las restricciones impuestas están plenamente fundadas y justificadas en esta evidencia científica.

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2015): Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, acción declarativa de inconstitucionalidad, 188/2006 (42-N).

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2015) Op.Cit., Considerando 17.

²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2015) Op.Cit., Considerando 25.

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2015) Op.Cit., Considerando 18.

2. Las políticas de control de tabaco en los tribunales colombianos

En Colombia tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han dilucidado pleitos respecto a políticas de control de tabaco en pos de la protección del derecho a la salud. Es importante aclarar que la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación constitucional del país, con control de constitucionalidad concentrado. Por otra parte, el Consejo de Estado es el máximo órgano judicial para la revisión en materia administrativa.

En primer lugar, en ocasión de realizar la revisión de la exequibilidad de la ratificación del CMCT, conforme lo establece la Constitución Nacional, la Corte estableció que el CMCT *“constituye un importante instrumento internacional para evitar y contrarrestar las nefastas consecuencias del consumo del tabaco, en especial para la salud y el medio ambiente”*³⁰. Asimismo, refirió a la constitucionalidad de las restricciones publicitarias y expresó que ellas buscan *“la protección del medio ambiente así como de los derechos de terceros que pueden verse afectados con la exposición al humo”*³¹. La Corte concluyó refiriéndose a la legitimidad de *“aquellas medidas limitativas de la libertad de empresa que se encuentran justificadas en la búsqueda de fines constitucionalmente válidos y en la protección de bien común”*³².

Por su parte, en 2010, se cuestionó la constitucionalidad de la prohibición de la publicidad y promoción de los productos de tabaco, con el argumento de que las medidas violaban la libertad de industria. En su decisión, la Corte Constitucional hizo hincapié en la naturaleza peligrosa del tabaco, la necesidad de proteger los derechos a la vida y la salud, y las obligaciones de Colombia bajo el CMCT.

La Corte enfatizó que la libertad de empresa y la libre iniciativa económica no tienen carácter absoluto ³³ por lo cual las restricciones a la publicidad impuestas son constitucionales dado que son compatibles con la libertad de empresa y la libre iniciativa privada. Más recientemente, en el año 2015, el Consejo de Estado colombiano resolvió sobre el pedido de British American Tobacco de anular una decisión administrativa del Ministerio de Salud mediante la cual no se aprobaba el uso de las expresiones *“Click & On,” “Click & Roll,” “Krystal Frost,” “Filter Kings,” and “Frozen Nights”* en los paquetes de productos de tabaco. La decisión del Ministerio consideraba las expresiones como una forma de publicidad engañosa y por ende prohibidas por ley 1335. El Consejo de Estado decidió que las expresiones eran efectivamente publicidad engañosa y que la libertad comercial debía ser restringida a favor del derecho a la salud, a la vida y el interés público.

Según el Consejo de Estado, el empaquetado *“por sí solo es un elemento fundamental de promoción, más aún cuando está prohibida toda clase de publicidad del tabaco y sus derivados en los medios de comunicación, y no resulta ni eficaz ni coherente que con las advertencias y pictogramas que recuerdan el daño que causa el tabaco, se mencionen elementos que inciten e inviten a disfrutar de su consumo”*, por lo cual debería entonces *“existir correspondencia entre los textos que se incorporen”*³⁴. Asimismo, estableció que los derechos de propiedad intelectual deben ser ejercidos de conformidad con las obligaciones de derechos humanos.

³⁰ Corte Constitucional Colombiana(2007): Revisión oficiosa de la ley 1109 de 2006 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco”, Expediente LAT-301, Sentencia C-665/07, P. 2.

³¹ Corte Constitucional Colombiana(2007): Op.Cit., P. 2.

³² Corte Constitucional Colombiana(2007): Op.Cit., P.75.

³³ Corte Constitucional Colombiana (2010): Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009 “disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”, Expediente D-8096, Sentencia C-830/10, P.29

³⁴ Consejo de Estado de Colombia (2015): British American Tobacco Colombia C/Ministerio de Salud, Expediente 2012-00607-01, P.70.

El Consejo de Estado concluyó que las expresiones tienen el efecto o posible efecto de promover el consumo de cigarrillos. Por ello, la inserción de estos mensajes desconocen la prohibición total de publicidad contemplada por la ley 1335, ya que *“llaman la atención e incitan a su consumo, tanto en su expresión en inglés como en español; además permitirlo no sería coherente con las campañas educativas de que trata la misma ley”*³⁵. Por último, en 2016, miembros de organizaciones de la sociedad civil³⁶ solicitaron que se suspendan los efectos de las circulares de la Secretaría de Industria y Comercio (SIC) Colombiana que permitían la exhibición de cajetillas de cigarrillos bajo determinadas condiciones, contrariando lo dispuesto por el CMCT y por la ley 1335 de 2009 que establecen la prohibición total de la publicidad y promoción de productos derivados del tabaco. El Consejo de Estado resolvió suspender provisionalmente los efectos de las circulares de la SIC considerando que *“los productos de tabaco constituyen una forma de promoción para su consumo, circunstancia por la que se recomienda prohibir absolutamente la exhibición y visibilidad de los productos de tabaco en todo punto de venta”*³⁷.

3. La conexión entre derechos humanos y control de tabaco en Costa Rica

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en ocasión de responder a una consulta legislativa facultativa sobre un proyecto de ley denominado “Ley General de Control de Tabaco y sus Efectos Nocivos en la Salud”, elevada por integrantes de la Asamblea Legislativa, tuvo oportunidad de referirse a cuestiones de control de tabaco³⁸. En su decisión, destacó que el Convenio Marco, por su objetivo de proteger derechos fundamentales, tiene una especial jerarquía dentro del marco normativo de Costa Rica. Los diputados de la Asamblea Legislativa que realizaron la consulta sostenían que el proyecto de ley, al subir los impuestos de cigarrillos, generaría un aumento en el contrabando de estos. Además, manifestaron que la medida violaba la libertad de comercializar, el derecho de los consumidores, la libertad de expresión, la expropiación de marca y que prohibía indirectamente una actividad que era lícita. A su vez, expresaron que se trataba de un proyecto de ley irrazonable y desproporcionado.

La Corte evacuó la consulta y resolvió que no existían *“vicios de constitucionalidad de procedimiento ni de fondo en los aspectos consultados del proyecto de ley”*³⁹. De esta forma, la Sala declaró constitucional la ley, proclamó que las normas impugnadas se basan en el CMCT y buscan satisfacer las obligaciones internacionales adquiridas por el país. Por otra parte, resaltó que las medidas buscan proteger derechos humanos, especialmente el derecho a la salud. En este sentido, se citó un caso precedente al recordar que *“los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorgan mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”*⁴⁰. Concluyó finalmente la Sala que *“la norma cuestionada no solo está jurídicamente permitida, sino que además, es acorde con el Derecho de la Constitución sobre los Derechos Humanos”*⁴¹. Como se observa, esta respuesta constituyó un fuerte respaldo a una políti-

³⁵ Consejo de Estado de Colombia (2015): Op.Cit., P.75.

³⁶ Quienes presentaron la suspensión fueron Esperanza Cerón Villaquirán, Marian Lorena Ibarra Avila y Liliana Andrea Avila, miembros de las organizaciones no gubernamentales Educar Consumidores y la Fundación para la Educación y el Desarrollo Social.

³⁷ Consejo de Estado de Colombia (2016): Solicitud de suspensión provisional de las Circulares Externas número 005 de 2012 y 011 de 2012, Expediente 2014-00011-00.

³⁸ Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional (2012): Consulta legislativa facultativa en relación con el proyecto de ley denominado “Ley General de Control de Tabaco y sus Efectos Nocivos en la Salud”, Expediente 12-002657-0007-CO, Res No 2012-003918, P. 22.

³⁹ Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional (2012): Op.Cit., P. 40.

⁴⁰ Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional (2012): Op.Cit., P. 22.

⁴¹ Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional (2012): Op.Cit., P. 23.

ca alineada con el CMCT y puso de manifiesto su conexión con normativa internacional de derechos humanos. Por último, cabe resaltar que el proyecto de ley fue sancionado y es la actual normativa que rige en el país sobre control de tabaco.

4. La preeminencia de las normas que tutelan la salud de la población en Panamá

La Corte Suprema de Justicia de Panamá rechazó una demanda de inconstitucionalidad presentada por British American Tobacco⁴² sobre el decreto 611/10 que estableció una incorporación explícita de la prohibición de exhibición de productos de tabaco en los puntos de venta. La argumentación de BAT Panamá se basaba en que implicaba una violación de libertad de expresión, por limitar la expresión comercial; una violación de la propiedad privada de la compañía, al impedir mostrar libremente sus productos y sus marcas, debidamente registradas; una violación al derecho de acceso a información relevante para consumidores y una vulneración de las libertades esenciales de una economía de mercado, entre otros argumentos.

La Corte rechazó la demanda y estableció que el decreto no excedía los límites de la potestad reglamentaria porque fue realizado *“dentro del espíritu de la Ley Formal, Ley No. 13 de 24 de enero de 2008, toda vez que, en artículo 14 establece que una prohibición total de la publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, y las directrices del CMCT determinó que la exhibición de productos de tabaco en puntos de venta en sí misma es una forma de publicidad y promoción”*⁴³. A su vez, la Corte estableció que no se violaba *“el uso habitual de la marca al dictarse (...) la prohibición de exhibir los productos del tabaco y sus derivados en los dispensadores, anaqueles y cualquier otra estantería ubicada en los puntos de venta”*⁴⁴.

Además de ese reclamo de inconstitucionalidad, la prohibición de la exhibición de productos de tabaco fue objeto de un recurso de ilegalidad también resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Panamá. En esta decisión la Corte recordó que de acuerdo a la normativa de protección del consumidor de ese país, el proveedor está en obligación de informar, clara y verazmente al consumidor sobre las características del producto o servicio. En este contexto legal, el tribunal entendió que *“no se viola el derecho de información del consumidor porque cuando éste va a adquirir el producto de tabaco cuenta con sus características antes de consumirlo, es decir, conoce de antemano su naturaleza, composición, contenido, peso, origen, fecha de vencimiento, toxicidad, y advertencias”*⁴⁵.

A su vez, respecto de la eventual violación al uso de marca, la Corte expresó que la restricción a su uso se encuentra justificada en tanto el Estado tiene la obligación de proteger la salud de las personas y la obligación de respetar y proteger el derecho a la vida. Estas obligaciones se deben conectar con las aquellas emanadas del CMCT de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el cual debe ser interpretado conforme las directrices emanadas por la Conferencia de las Partes y en base a los informes conteniendo evidencia científica desarrollados por la OMS. Por último, aclaró que el objetivo de la política de prohibir la exhibición de productos de tabaco no es el de prohibir los productos de tabaco sino el de evitar que se exhorten al consumo de los mismos⁴⁶.

Por otro lado, la sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Panamá confir-

⁴² Corte Suprema de Panamá (2014): British American Tobacco Panamá contra el Decreto 611/2010 del Ministerio de Salud, Acción de Inconstitucionalidad, Exp. 192-11.

⁴³ Corte Suprema de Panamá (2014): Op. Cit., P.18.

⁴⁴ Corte Suprema de Panamá (2014): Op. Cit., P. 26.

⁴⁵ Corte Suprema de Panamá (2016): British American Tobacco Panama, Philip Morris Panamá, Obrigada Panamá, Habanos Panamá y G.R. International contra el decreto 611/2010 del Ministerio de Salud, Acción de Ilegalidad, P. 20.

⁴⁶ Corte Suprema de Panamá (2016): Op.Cit., P. 23.

mó el decreto ejecutivo 230 que había sido impugnado por British American Tobacco (BAT) Panamá⁴⁷. Según BAT, el decreto 230 amplió ilegalmente el alcance de la ley 13 en áreas relacionadas con: ambientes libres de humo de tabaco, la prohibición de la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco y mecanismos de ejecución.

La Corte estableció que los artículos demandados del decreto ejecutivo precisamente buscan proteger aquellos derechos a la salud tutelados tanto por legislación nacional como internacional. En consecuencia, hizo mención al CMCT y su objetivo de proteger las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo del mismo. Asimismo, el Tribunal manifestó que la norma al buscar tutelar la salud humana debe ser interpretada de manera amplia sin que se desborden los límites establecidos por la ley y la constitución.

Por otra parte, respecto a la regulación publicitaria, la Corte estableció que el decreto no infringe ninguna norma y que además es concordante con el CMCT. Finalmente, con un claro mensaje, la Corte expresó la importancia de las normas en cuestión: *“Queremos aclarar que no puede esta Sala ir en contra de normas que tutelan la salud de la población, máxime cuando estamos en el caso de afectaciones serias a la salud, médicamente comprobadas, por el consumo de productos derivados del tabaco y de los daños ocasionados a la salud de terceros, recordando que de conformidad con el artículo 50 de nuestra Carta Magna el interés particular deberá ceder ante el interés público o social”*⁴⁸.

5. Perú: “El CMCT es un tratado de derechos humanos”

En Perú, tanto la Corte Constitucional como el Tribunal Superior han ratificado medidas de control de tabaco en sus fallos. En ocasión de una acción de inconstitucionalidad contra la ley general para la prevención y control de los riesgos de consumo de tabaco en 2011, el Tribunal Constitucional de Perú afirmó que el CMCT es un tratado de derechos humanos porque *“busca proteger de manera clara, expresa y directa el derecho fundamental a la protección de la salud”*⁴⁹. Esta posición, también fue sostenida por el Procurador del Congreso que lo expresó claramente al darle rango constitucional: *“los tratados sobre derechos humanos (...) tienen rango constitucional (...). En tal sentido, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (...) tiene rango constitucional, pues es un tratado sobre el derecho a la salud”*⁵⁰.

Como se planteó anteriormente, el CMCT viene a reconocer obligaciones derivadas del derecho humano a la salud frente a una situación particular que afecta ese derecho como lo es la epidemia de tabaquismo. Este último punto fue tratado específicamente por el Tribunal Constitucional de Perú que argumentó que la existencia o no de un tratado sobre derechos humanos no viene definida por un criterio, sino por un criterio material, consistente en analizar si el tratado se ocupa directamente de un derecho humano, sea para reconocerlo por vez primera, sea para asumir obligaciones orientadas a su más eficiente protección. Concluyó entonces el Tribunal Constitucional que *“el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco es un tratado sobre derechos humanos, pues aunque no reconoce al derecho a la protección de la salud como un “nuevo derecho” (en los términos de los recurrentes), obliga a los Estados parte de manera clara y directa a la*

⁴⁷ Corte Suprema De Panamá (2010): British American Tobacco Panamá, S.A. contra el decreto ejecutivo 230/2008 del Ministerio De Salud, Demanda Contencioso Administrativa De Nulidad.

⁴⁸ Corte Suprema de Panamá (2010): Op.Cit., P. 8.

⁴⁹ Tribunal Constitucional del Perú (2011): 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, STC 00032-2010, Párrafo 67.

⁵⁰ Procurador del Congreso, escrito de contestación de la demanda, pp. 3 y 4 elevado al Tribunal Constitucional del Perú (2011): 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.

*adopción de medidas que contribuyan a optimizar su eficacia*⁵¹.

En 2011, 5 mil ciudadanos demandaron la inconstitucionalidad de la prohibición de áreas para fumar dado que esta normativa, según expresaron, afectaba el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de su personalidad, la violación a las libertades comerciales y a la iniciativa privada. El Tribunal Superior estableció la constitucionalidad de la norma dado que el Estado tiene el deber de proteger el derecho a la salud en el máximo nivel posible y reconoció al CMCT como un tratado sobre derechos humanos: *“Siendo el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco un tratado sobre derechos humanos (...) el Estado tiene la obligación de interpretar el artículo 7o de la Constitución –que reconoce el derecho fundamental a la protección de la salud– y el artículo 9o de la Constitución –que obliga a diseñar una política nacional de salud plural y descentralizada–, de conformidad con todos los preceptos de aquel Convenio, de forma tal que de acuerdo al artículo 3o de este, el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la salud por vía de una política nacional plural y descentralizada que reduzca de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco”*⁵².

Incluso, en este sentido, el Tribunal afirmó: *“En esa misma línea, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, es un tratado sobre derechos humanos, pues aunque no reconoce al derecho a la protección de la salud como un “nuevo derecho” (en los términos de los recurrentes), obliga a los Estados parte de manera clara y directa a la adopción de medidas que contribuyan a optimizar su eficacia”*⁵³.

6. La constitucionalidad de las medidas de ampliación de advertencias sanitarias en Uruguay

En Uruguay, se sancionó una ley de control de tabaco que delegaba su reglamentación al Poder Ejecutivo (Ministerio de Salud), quien en base a estos poderes amplió el porcentaje de advertencias sanitarias en productos de tabaco a un 80%. Abal Hermanos S.A., afiliado a Philip Morris Internacional (PMI), impugnó la constitucionalidad de esta ley⁵⁴.

El argumento principal fue la delegación ilegal de poderes al Ministerio de Salud, que luego se utilizaron “irrazonablemente” para ampliar el porcentaje de las advertencias sanitarias. Según el demandante, la ley violaba varios derechos: el de propiedad – incluida la propiedad intelectual, libertad de industria y comercio, libertad de expresión, entre otros. Además, manifestaba que, al permitir la ley restringir el área disponible de los paquetes de cigarrillos, se afectaba el valor de la marca dado que este deriva de la posibilidad de los consumidores de distinguirla de otras y asociar la marca al producto. El Tribunal Supremo desestimó el accionamiento de inconstitucionalidad promovido al considerar que la ley era constitucional y que no había una delegación ilegal sino la necesidad de complementar la ley con las reglamentaciones necesarias. La Corte estableció que la Ley 18.256 tiene su razón de ser en el desarrollo de una política sanitaria llevada adelante por el Estado profundizando una campaña contra el tabaquismo de conformidad a lo establecido por el CMCT (aprobado por ley 17793). Asimismo, manifestó que la salud pública es un cometido esencial inherente al estado y que la legislación sobre tabaquismo es un bien jurídico superior que participa de la noción de orden públi-

⁵¹ Tribunal Constitucional del Perú (2011): Op.Cit., Párrafo 69.

⁵² Tribunal Constitucional del Perú (2011): 5000 Ciudadanos C/ Artículo 3 de la Ley 28705, Exp. 00032-2010-PI/TC, P. 33.

⁵³ Tribunal Constitucional del Perú (2011): Op.Cit., P. 30.

⁵⁴ Suprema Corte de Justicia de Uruguay (2010): Abal Hermanos S.A. C/ Poder Legislativo y Otro, Acción de inconstitucionalidad, Arts. 9 y 24 de la ley 18256, Sentencia No. 1713.

co siendo coherente que se conceda al Ministerio de Salud Pública su reglamentación⁵⁵. Respecto del análisis de razonabilidad de las políticas concretas analizadas en este caso, cabe destacar que las medidas de control de tabaco tomadas en Uruguay basadas en las recomendaciones del CMCT han tenido importantes resultados, principalmente en la población adolescente del país. La Encuesta Mundial de Tabaquismo del año 2014⁵⁶ demostró que ha reducido el consumo de productos de tabaco en adolescentes de 13 a 15 años como así también el porcentaje de aquellos que nunca fumaron. En 2007, la prevalencia de consumo de cigarrillos a 30 días en población de 13 a 15 años era de 20.2%, mientras que en 2014 se situó en 8.2% y resultó similar en ambos sexos. La susceptibilidad de convertirse en un fumador se redujo en forma significativa de 25.8% en 2007 a 16.6% en 2014. Más allá de que es difícil aislar el efecto específico de cada medida, este tipo de evidencia permite desestimar los argumentos en contra de la razonabilidad de políticas como la ampliación de advertencias sanitarias o la presentación única.

7. Ambientes libres de humo y CMCT en Guatemala

La Corte Constitucional de Guatemala tuvo la oportunidad de decidir un caso en el que se cuestionaba la constitucionalidad de un decreto que estableció una política de ambientes libres de humo. En ocasión de rechazar el planteo, la Corte destacó el rol del CMCT como creador de obligaciones jurídicas para los Estados Partes y su fuerte basamento en evidencia científica. Respecto de este último punto, afirma que *“el tratado reconoce que se ha probado científicamente que la exposición al humo de tabaco causa muerte, enfermedad y discapacidad”*⁵⁷. En cuanto al punto de la creación de obligaciones jurídicas, la Corte Constitucional de Guatemala también hace una conexión con el derecho humano a la salud: *“en atención al mandato recibido de la norma internacional, el estado de Guatemala sancionó el decreto 74-2008 del Congreso de la República, como una forma de darle continuidad a las políticas públicas que reconocen el goce del derecho a la salud como un derecho humano fundamental, y a la vez, consideran a la salud de los habitantes de la Nación como un bien público”*⁵⁸.

V. Conclusiones

El CMCT establece obligaciones de derecho internacional público con fuertes conexiones con el derecho internacional de derechos humanos. Estas conexiones ya han sido ratificadas por organismos oficiales de monitoreo de tratados de derechos humanos y han motivado reconocimientos judiciales. Respecto de su categorización como tratado de derechos humanos, existen fuertes argumentos que permitirían hacerlo aunque en la práctica la relevancia de esa categorización se da respecto de cada país en concreto y de las consecuencias jurídicas que la misma trae aparejada⁵⁹.

Los casos de control de tabaco analizados han destacado que la implementación de estas medidas es necesaria para cumplir con las obligaciones contraídas internacional-

⁵⁵ Por su parte, PMI demandó a Uruguay frente al CIADI, un panel arbitral del Banco Mundial, con motivo de las políticas de presentación única y de ampliación a 80% de las advertencias sanitarias en productos de tabaco, las cuáles, según alegaban, violaban un Tratado Bilateral de Inversiones con Suiza. El panel de tres árbitros publicó su decisión el 8 de julio de 2016, desestimando todos los reclamos de PMI. Su análisis excede el marco de este artículo pero es importante destacar que los árbitros destacaron la existencia de otras obligaciones internacionales por parte de Uruguay y resaltar el rol del CMCT en la determinación de la razonabilidad de las políticas implementadas por Uruguay.

⁵⁶ Encuesta Mundial de Tabaquismo GYTS URUGUAY (2015)

⁵⁷ Corte Constitucional de Guatemala (2010): *British American Tobacco Central América, S.A. v. Guatemala*, P. 23.

⁵⁸ Corte Constitucional de Guatemala (2010): *Ob. Cit.*, P. 24.

⁵⁹ CABRERA Oscar A.; CARBALLO, Juan Martín (2013): *Tobacco Control Litigation: broader impacts on health rights adjudication*, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*; 41; 1; 3-2013; 147-162, P.159.

mente para proteger el derecho a la salud frente a la epidemia de tabaquismo. El CMCT define las medidas concretas que los Estados deben tomar respaldadas por evidencia científica. Esto resalta la importancia de la presencia de estándares internacionales para la efectivización del derecho a la salud, los cuáles no están presentes necesariamente en otros tipos de litigios sobre derecho a la salud⁶⁰. Es decir, respecto de la epidemia de tabaquismo, es más fácil afirmar qué política cumple adecuadamente con la protección adecuada porque justamente el CMCT provee estándares para interpretarlo. Eso no sucede, por ejemplo, respecto de políticas de salud alimentaria y nutricional o de salud mental sólo por nombrar dos ámbitos. La existencia de evidencia científica que sustenta la efectividad de estas políticas de protección de la salud facilita la tarea de los tribunales que no necesitan discutir cuestiones técnicas que le son ajenas. Este punto podría explicar la clara línea de apoyo a medidas de control de tabaco que se ha ido dando entre altos tribunales de Latinoamérica.

Es notable cómo la industria tabacalera ha utilizado similares argumentos en todos los casos analizados buscando apropiarse del discurso de la vulneración de sus libertades comerciales y el desconocimiento de la evidencia sobre las medidas de control de tabaco. Sin duda alguna, se ha ido desarrollando una mirada coincidente entre los tribunales superiores Latinoamericanos en cuanto a la obligación del Estado de proteger el derecho a la salud a través de medidas de control de tabaco y la relación que aquellas tienen con los derechos humanos. Los fallos aquí comentados permiten afirmar que en este ámbito se ha fortalecido la justiciabilidad del derecho a la salud y que el litigio de control de tabaco proporciona un escenario prometedor pudiendo este emerger en otras regiones también.

Como ha quedado demostrado, el CMCT tiene un rol fundamental y clave para estas decisiones ya que proporciona un marco legal con medidas concretas que los Estados deben tomar para evitar y limitar la epidemia del tabaquismo. Por el foco en la prevención que caracteriza a las políticas alineadas al CMCT, hasta el momento los tribunales se han ocupado de medidas de bajo costo para los distintos gobiernos, razón por la cual el proceso de su implementación ha sido exitoso. Los tribunales seguramente encuentran menos obstáculos para exigir el cumplimiento del derecho a la salud cuando hacerlo no implica una incidencia tan grande sobre los recursos públicos⁶¹. Se plantea a futuro el interrogante acerca de cómo se tratarán otras políticas de control de tabaco que sean más costosas y que tengan en consecuencia un mayor impacto sobre el presupuesto público, como serían por ejemplo campañas de cesación que incluyan el acceso a medicamentos. Más allá de que estos casos han ido ratificando, en diferentes países, una multiplicidad de políticas de control de tabaco, es probable que esta dinámica continúe profundizándose. La industria del tabaco tiene recursos tanto para demorar las discusiones en instancias administrativas y legislativas como para cuestionarlas en sede judicial⁶². Por ello, es de esperar que sigan sucediéndose litigios por la implementación de políticas de control de tabaco en la región. En Brasil, se encuentra pendiente un caso ante el Tribunal Supremo Federal a raíz de la resolución de la agencia sanitaria nacional que prohibió la incorporación de aditivos a los productos de tabaco⁶³. Este caso pendiente obtuvo una medida cautelar que por el momento hace inaplicable la resolución. Asimismo, en varios

⁶⁰ CABRERA Oscar A.; CARBALLO, Juan Martín(2013): OP.Cit., P.158-159.

⁶¹ CABRERA Oscar A.; CARBALLO, Juan Martín (2013): OP.Cit., P.158-159.

⁶² DOKU, David (2010): "The tobacco industry tactics-a challenge for tobacco control in low and middle income countries", Afr Health Sci. 10(2): 201-203. PMID: PMC2956281

STEELE, Sarah et al (2016): "The role of public law-based litigation in tobacco companies' strategies in high-income, FCTC ratifying countries, 2004-14", Journal of Public Health, Volume 38, Issue 3, 17, P.516-521.

⁶³ Tribunal Supremo de Brasil (2016): Confederación Nacional de Industria contra ANVISA, Acción Directa de Inconstitucionalidad 8874.

países en la región (Chile, Uruguay, Panamá y Ecuador entre los que más han avanzado para su aprobación) se encuentra en discusión la aprobación de la política de empaquetado estandarizado, que implica una mayor restricción a las libertades comerciales de la industria del tabaco. Esta misma política fue objeto de reclamos judiciales en países como Australia, Reino Unido, Francia o Noruega, con lo cual es probable que de aprobarse en nuestra región, también impliquen causas judiciales.

Hasta el momento, el tratamiento judicial de políticas de control de tabaco en Latinoamérica ha sido muy favorable, destacándose la creciente conexión con obligaciones de derechos humanos y la deferencia otorgada al CMCT como instancia de referencia. Más allá de que esta tendencia puede profundizarse, generan algunos interrogantes el avance de las políticas de control de tabaco hacia la regulación más técnica del producto (como el ejemplo de los aditivos) así como eventuales tensiones con ámbitos de regulación bien específicos (como la protección de la propiedad intelectual).



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BODANSKY, Daniel (2011): A Tale Of Two Architectures: The Once And Future U.N. Climate Change Regime, 43 Arizona State Law Journal. St. L. J.697.
- CABRERA Oscar A.; CARBALLO, Juan Martín (2013): Tobacco Control Litigation: broader impacts on health rights adjudication, The Journal of Law, Medicine & Ethics; 41; 1; 3-2013; 147-162
- CABRERA, Oscar A.; GOSTIN, Lawrence O (2011): Human rights and the Framework Convention on Tobacco Control: mutually reinforcing systems, Cambridge University Press, International Journal of Law in Context 7 (3): 285-303.
- CABRERA, Oscar A.; MADRAZO, Alejandro (2010): Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America, Salud Publica de Mexico 52.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (2010): Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Argentina. CEDAW/C/ARG/6
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (2016): Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. y República Oriental del Uruguay, Caso CIADI N°. Arb/10/7
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (2009): Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Brasil, E/C.12/BRA/CO/2
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (2011): Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Argentina, E/C.12/ARG/CO/3
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016): Audiencia temática sobre la problemática de la epidemia del tabaquismo (<http://www.oas.org/en/iachr/sessions/default.asp>) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017)
- Consejo de Estado de Colombia (2015): British American Tobacco Colombia C/Ministerio de Salud, Expediente 2012-00607-01.
- Consejo de Estado de Colombia (2016): Solicitud de suspensión provisional de las Circulares Externas número 005 de 2012 y 011 de 2012, Expediente 2014-00011-00.
- Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (2003) (<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42813/1/9243591010.pdf>) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017).
- Corte Constitucional Colombiana (2010): Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 14, 15, 16 y 17 de la ley 1335 de 2009 “disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”, Expediente D-8096, Sentencia C-830/10.
- Corte Constitucional Colombiana(2007): Revisión oficiosa de la ley 1109 de 2006 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco”, Expediente LAT-301, Sentencia C-665/07.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982): El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82.
- Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional (2012):Consulta legislativa facul-

tativa en relación con el proyecto de ley denominado “Ley General de Control de Tabaco y sus Efectos Nocivos en la Salud”, Expediente 12-002657-0007-CO, Res No 2012-003918.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2015): Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, acción declarativa de inconstitucionalidad, 188/2006 (42-N).
- Corte Suprema de Panamá (2014): British American Tobacco Panamá contra el decreto 611/2010 del Ministerio de Salud, Acción de Inconstitucionalidad.
- Corte Suprema de Panamá (2016): British American Tobacco Panama, Philip Morris Panamá, Obrigada Panamá, Habanos Panamá y G.R. International contra el decreto 611/2010 del Ministerio de Salud, Acción de Ilegalidad.
- Corte Constitucional de Guatemala (2010): British American Tobacco Central América, S.A. v. Guatemala.
- DOKU, David (2010): “The tobacco industry tactics-a challenge for tobacco control in low and middle income countries”, *Afr Health Sci*; 10(2): 201-203. PMID: PMC2956281.
- Encuesta Mundial de Tabaquismo GYTS URUGUAY (2015)
- GOMES, Paula Gecislany Vieira da Silva (2014): *Convenção-quadro para o controle do tabaco: políticas públicas de implementação*, Tese de doutorado. São Paulo: USP/Faculdade de Direito.
- HALABI, Sam (2011): *The World Health Organization’s Framework Convention on Tobacco Control: An Analysis of Guidelines Adopted by the Conference of the Parties*, University of Tulsa College of Law, July 16, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 39, No. 1, University of Tulsa Legal Studies Research Paper No. 2011-12.
- LEVY D, Ellis J, MAYS D, Huan AT (2013): Smoking related deaths averted due to three years of policy progress. *Bull World Health Organ*, 91:509-518.
- LIBERMAN, Jonathan (2014): *The power of the WHO FCTC: understanding its legal status and weight*, *The Global Tobacco Epidemic and the Law*, editado por Andrew D. Mitchell y Tania Voon, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- MATZ-LÜCK, Nele (2009): *Framework Conventions as Regulatory Tools*, *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 1, No. 3.
- MIURA M1; DAYNARD RA; SAMET JM (2006): The role of litigation in tobacco control, *Salud Publica Mex* 48 Suppl 1:S121-36.
- Organización Mundial de la Salud (2013): *Informe sobre la epidemia mundial del tabaquismo* (http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85382/1/WHO_NMH_PND_13.2_spa.pdf?ua=1) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017).
- Organización Panamericana de la Salud (2016): *Informe sobre el Control del Tabaco en la Región de las Américas. A 10 años del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco*, Washington, DC.
- Procurador del Congreso, escrito de contestación de la demanda, pp. 3 y 4 elevado al Tribunal Constitucional del Perú (2011): 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.
- STEELE, Sarah et al (2016), “The role of public law-based litigation in tobacco companies’ strategies in high-income, FCTC ratifying countries, 2004-14”, *Journal of Public Health*, Volume 38, Issue 3, 17 September 2016, Pages 516-521, <https://doi.org/10.1093/pubmed/fdv068>.
- Suprema Corte de Justicia de Uruguay (2010): Abal Hermanos S.A. C/ Poder Legis-

lativo y Otro, Acción de inconstitucionalidad, Arts. 9 y 24 de la ley 18256, Sentencia No. 1713.

- Tribunal Constitucional del Perú (2011): 5000 Ciudadanos C/ Artículo 3 de la ley 28705, Exp. 00032-2010-PI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2011): 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, STC 00032-2010
- Tribunal Supremo de Brasil (2016): Confederación Nacional de Industria contra AN-VISA, Acción Directa de Inconstitucionalidad 8874.