

DERECHOS HUMANOS, GRUPOS TRASNACIONALES y CONTROL DEL TABACO

I) INTRODUCCIÓN

El Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud (CMCT – OMS) entró en vigor internacional el 27 de Febrero de 2005 y fue ratificado por Uruguay el 16 de Julio de 2004.

El objeto del Tratado (Art. 3) es la “*protección*” de los Derechos Fundamentales a la Vida y a la Salud de toda la población provocada por el consumo del tabaco y la exposición a su humo¹, y para ello dispone una serie de medidas integrales para alcanzar la reducción de la prevalencia de consumo y los niveles de exposición al humo del tabaco.

Al momento de aplicar tales medidas los Estados Partes deben actuar con independencia y protegidos de la interferencia de la industria tabacalera², presentándose en este punto el principal factor de tensión de intereses y derechos.

En tiempo reciente han existido múltiples referencias a la Interferencia de la Industria Tabacalera al momento de obstaculizar la Protección a la Salud amparada por el CMCT, entre ellas podemos señalar:

- a) Conferencia de las Partes 4 a través de la “Declaración de Punta del Este”³,
- b) Discurso de Apertura por la celebración del 5º Aniversario del CMCT⁴
- c) Declaración de Nueva York sobre Enfermedades no transmisibles.⁵

El fuerte avance del Control del Tabaco en la Región de América Latina, ha llevado a una estrategia de la Industria Tabacalera en donde por un lado buscan el enlentecimiento del avance

1

¹ Art. 3 del CMCT: “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”.

2

² Las referencias a la interferencia de la industria tabacalera son múltiples, a modo de ejemplo: Res.54.18, May/2001 Asamblea Mundial de la Salud / Preámbulo del CMCT / Art. 5.3 del CMCT y su Directriz /

3

³ Disponible en http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_DIV6-sp.pdf, pág. 7. “Recordando el Preámbulo de la Constitución de la OMS en el cual afirma que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.”

4

⁴ Ginebra, Dra. Margaret Chan, 2010.

5

⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Cumbre del Milenio, Nueva York, 16/9/2011, “Reconocemos el conflicto fundamental de intereses entre la industria del tabaco y la salud pública”;

jurídico o la debilidad del acto jurídico emanado de los Congresos; pero en caso que las normas jurídicas sean aprobadas, serán probablemente sometidos a recursos judiciales.

Phillip Morris, presentó una demanda contra el Estado noruego por prohibir a los establecimientos autorizados vender cigarrillos, mostrando el tabaco en sus estanterías.

También Phillip Morris inició acciones legales contra Australia y Uruguay, por obligar a las tabacaleras a comercializar de manera uniforme sin marcas ni diseños; y en el caso de Uruguay por restringir las variedades de presentación, como ser la "light" y por determinar que las advertencias sobre el riesgo de fumar, ocupen el 80% de las cajas en ambos lados.

En agosto del presente año, cinco compañías tabacaleras norteamericanas presentaron en su país, una demanda contra la "Food & Drug Administration", alegando que la mera reglamentación sobre imágenes de advertencia de las cajillas de cigarrillos, son contrarias a las disposiciones contenidas en la primera enmienda de la Constitución, relativa a la libertad de expresión.

Sea en la etapa de gestación de la Ley, como en la etapa de defensa de la Ley ante los Órganos Jurisdiccionales, se hace necesario expandir la base jurídica inicial sumando nuevas herramientas que cobijen al CMCT, entre las cuales los Tratados, Pactos y Protocolos de Derechos Humanos adquieren relevancia y protagonismo.

El Preámbulo del CMCT asiste a los actores de su implementación, al vincular a texto expreso a éste, con Tratados de Derechos Humanos:

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶ (Art. 12);
- La Convención de los Derechos del Niño⁷;
- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁸;

En especial es particularmente trascendente tomar en consideración los el alcance y los principios que inspiran la Protección del Derecho a la Salud que resulta del Art. 12 del PIDESC y de la Observación General N° 14⁹.

II) DESARROLLO PROGRESIVO Y NO REGRESIVIDAD

6

⁶ Vigente desde el 3 de enero de 1976.

7

⁷ Vigente desde el 2 de septiembre de 1990.

8

⁸ Vigente desde el 3 de septiembre de 1981.

9

⁹ Asamblea de las Naciones Unidas, 16 de Diciembre de 1966, Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (Art. 12 "El Derecho al disfrute del más alto nivel posible de Salud") ONU, 16 de Diciembre de 2006 y la Observación General N° 14, 22º Período de Sesiones, Año 2000.

En efecto dos de los Principios a considerar en el camino de la implementación eficaz del Tratado y de la sostenibilidad de la Política Pública en Control del Tabaco refieren al “desarrollo progresivo” y a la “no regresividad”¹⁰.

- **DESARROLLO PROGRESIVO:** Significa el compromiso de los Estados Partes para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad del derecho fundamental a la Salud (Art. 2 inc 1 PIDESC).¹¹

El Desarrollo Progresivo del Derecho a la Salud se refiere de forma más explícita en la Obligación de los Estados Partes de avanzar lo más expedita y eficazmente hacia la protección plena de los Derechos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 1 y 2; *Observación N° 14 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre el Art. 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y Convención Americana Derechos Humanos (Pacto de San José) Art. 26.

- **NO REGRESIVIDAD:** “Las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”^{12, 13};

III) SENTENCIAS:

Desde otro ángulo, podemos señalar como destacables, los fundamentos jurídicos que los Tribunales de nuestra Región han utilizado y se han asistido en Tratados de Derechos Humanos para resolver controversias de constitucionalidad que se han interpuesto, relacionadas a Leyes de Control del Tabaco.

Algunos ejemplos son:

- **PERU: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ / EXP. N.º 00032-2010-PI/TC 5,000 CIUDADANOS CONTRA EL ARTÍCULO 3º DE LA LEY N.º 28705 — LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL CONSUMO DE TABACO— SENTENCIA DEL 19/JULIO/2011**

“De otro lado, de acuerdo con el artículo 2º, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Estado peruano “se compromete a adoptar medidas, (...) hasta el máximo de

10

¹⁰ Alcance del concepto de “Obligaciones Generales”: Asamblea de las Naciones Unidas, 16 de Diciembre de 1966, Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (Art. 3 Observación General N.º 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, 5to. Período de Sesiones, 14 de diciembre de 1990:

11

¹¹ Ver además, Art. 26 “Desarrollo Progresivo”, Art. 41.d: Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

12

¹² Observación General N.º 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, 5to. Período de Sesiones, 14 de diciembre de 1990

13

los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de[**l derecho fundamental a la salud**]⁷. Es un compromiso esencialmente idéntico al derivado de los artículos 1º y 2º del Protocolo de San Salvador y del artículo 26º de la Convención Americana de Derechos Humanos”

- **MÉXICO: AMPARO EN REVISIÓN 315/2010 / QUEJOSO: JORGE FRANCISCO BALDERAS WOOLRICH DISTRITO FEDERAL. ACUERDO DEL TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 28/3/2011**

Debo anotar previamente que el presente amparo tiene la particularidad de ser tal vez, el primer caso que se interpone debido a que el Estado no cumple con la Obligación asumida al ratificar el Tratado al momento de una efectiva Protección de la Salud¹⁴. El amparo fue rechazado por aspectos básicamente de legitimación (procesales), pero se destacan algunos fundamentos de la Corte en México sobre el fondo del asunto planteado:

Página 8: *“Asimismo, el artículo 26 del Pacto de San José reconoce la obligación de satisfacer progresivamente las normas económicas, sociales y sobre educación ciencia y cultura. Así, explica el quejoso que los derechos económicos y sociales reconocidos en el ordenamiento jurídico deben ser progresivos: es decir, deben desarrollarse constantemente para el beneficio de los gobernados. Por ello, el Estado no puede adoptar medidas normativas o fácticas los perjudiquen o que obstaculicen su efectiva aplicación: ello significaría un retroceso prohibido. Esta obligación de progresividad se satisface de distintas maneras, de acuerdo con el derecho de que se trate. En principio, un Estado tiene la obligación positiva —de hacer— cuando promueve o brinda las prestaciones necesarias para hacer efectivo el derecho a la salud, toda vez que las obligaciones positivas son el fundamento principal de los derechos de prestación. Pero los derechos económicos y sociales también deben ser garantizados por el Estado de manera negativa, absteniéndose de dañar la salud y evitar las conductas de terceros que permitan la realización de ese daño. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que el derecho a la salud se encuentra protegido por el artículo 26 y se configura como el disfrute más alto de bienestar físico, mental y social.”*

- **Colombia: Sentencia C-830/10 Declara constitucional la Prohibición total de publicidad de los productos de tabaco dispuesta por la Ley 1355 en cumplimiento del Art. 13 del CMCT.**

Página 43: *“(v) que existe una seria preocupación de la comunidad internacional por el impacto de todas las formas de publicidad y patrocinio encaminadas a estimular el consumo de productos de tabaco; y (vi) que hay un vínculo evidente entre el desincentivo del consumo de tabaco y la **garantía del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, previsto en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**”.*

IV) INFORMES ANTE COMITÉS DE LAS NACIONES UNIDAS DE LA CEDAW Y DEL PIDESC:

- **ARGENTINA:**

⁷ Fue interpuesto por el ciudadano Balderas contra algunos Artículos de la **Ley General para el Control del Tabaco** aprobados por el Congreso de la Unión, en el sustento que, por ejemplo, autorizan espacios públicos cerrados para fumar, y esto es contrario al Derecho a la Salud establecidos en la Constitución, el CMCT y otros Tratados ratificados por México.

Argentina no es Estado Parte del Tratado CMCT y por esa razón, Organizaciones de la Sociedad Civil valiéndose de otros instrumentos Internacionales, abogan para que el Estado Argentino implemente medidas eficaces en Control del Tabaco.

En tal sentido, Organizaciones de la Sociedad Civil han presentado reportes sombras ante el Comité de la CEDAW (2010) y ante el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC – CEDESC) de modo de obtener pronunciamientos de tales Comités relacionados a las medidas de protección del CMCT.

a) COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)

En el 46º Período de Sesiones (Julio de 2010), Organizaciones Nacionales e Internacionales de la Sociedad Civil presentaron ante el Comité de la CEDAW un reclamo debido a que el Estado autoriza la Publicidad de Productos del Tabaco dirigidas especialmente a la mujer, generando un prototipo de ella, ajeno a la naturaleza del producto que se publicita y por ende engañoso. Tal práctica publicitaria trae como consecuencia un daño evitable en la Salud de la Mujer, quien ha aumentado considerablemente la prevalencia sobre todo en las mujeres jóvenes. El Comité entonces, alentó al Estado argentino para que adopte medidas en torno al CMCT y a la prohibición de la publicidad.

Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/cedaws46.htm>

b) COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CEDESC)

Con fecha 23 y 24 de noviembre de 2011, Organizaciones Nacionales e Internacionales de la Sociedad Civil presentaron un “informe sombra” en Ginebra ante el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 47º Período abogando aumento de impuestos de los productos de tabaco, por la ratificación del CMCT y la prohibición completa de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco.

Vimos en este Capítulo otro ejemplo del vínculo entre los Tratados de Derechos Humanos y el Control del Tabaco.

Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/cescrs47.htm>

IV) Doctrinas

Organizaciones Internacionales de la Sociedad Civil tales como la Alianza para el Convenio Marco (FCA), la Unión Internacional Contra la Tuberculosis y Enfermedades Respiratorias (La

Unión), la Campaña para los Niños Libres de Humo del Tabaco (TFK), como socios de la "Iniciativa Bloomberg" junto al Instituto O'Neill de la Universidad de Georgetown han conducido en América Latina Talleres para Abogados de la Sociedad Civil y de los Gobiernos, de modo de construir capacidades ofreciendo la vinculación del CMCT y los Tratados de Derechos Humanos como un nexo clave al momento de avanzar en la implementación eficaz y la defensa del CMCT.

Algunos textos recientemente publicados son los siguientes:

a) "*Human rights as a tool for tobacco control in Latin America*", publicado por Alejandro Madrazo y Oscar Cabrera (en inglés)

b) "*Desarrollo de capacidades para el control del tabaco en América Latina*" (en español), publicado por Mirta Molinari, Lara Garrido y Gustavo Sónora.

Disponibles

en:

<http://bvs.insp.mx/rsp/anteriores/numero.php?year=2010&vol=52&num=2&tipo=suplemento> (2010; Volumen 52 Suplemento 2).

c) "*Human rights and the Framework Convention on Tobacco Control: mutually reinforcing systems*", Oscar A. Cabrera Georgetown University Law Center and Lawrence O. Gostin Georgetown University Law Center

Disponible

en:

<http://www.esaim-m2an.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=8384258>

VI) CONCLUSIÓN

En suma,

A menos de 10 años de la entrada en vigencia del CMCT se ha podido comprobar que las estrategias seguidas por la Industria Tabacalera (Grupos Transnacionales) en la región de América Latina son básicamente las siguientes:

- 1- Acciones tendientes a demorar o debilitar la implementación de legislación efectiva del CMCT;
- 2- Una vez aprobada una legislación, se han promovido recursos judiciales en la jurisdicción nacional para obtener su declaración de inconstitucionalidad (hasta ahora han fracasado todos sus intentos, entre otros, Guatemala, Colombia, Uruguay, Perú). Y además, podemos señalar, el primer caso de demanda de una Tabacalera contra un País en la Jurisdicción Internacional como es el caso de la Philip Morris International contra Uruguay ante el CIADI del Banco Mundial.

Las estrategias desarrolladas por la Industria Tabacalera en la región tienen comunes denominadores y por ende han podido ser sistematizados, pudiendo concluirse que también ellos (Personas Jurídicas), se asisten de Tratados de Derechos Humanos para fundar sus acciones.

De forma breve debido a la extensión del presente texto han alegado:

- a) Prohibición de Publicidad es una violación de la Libertad de Expresión, en este caso, de la Libertad de Expresión Comercial.
- b) La Prohibición de Publicidad y de fumar en espacios cerrados es una limitación ilegal de la Libertad económica, de la Propiedad y de la no discriminación ante la igualdad al trabajo.

Es entonces, que las Organizaciones Gubernamentales, no Gubernamentales, Nacionales e Internacionales que trabajamos en la Protección de la Salud a través en este caso de la implementación efectiva del CMCT – OMS, debemos continuar en la construcción de capacidad en forma permanente, debido a las acciones dinámicas, creativas así como el poder económico de la Industria tabacalera que les permite disponer de equipos profesionales de alto nivel trabajando en forma coordinada en diversos países.

La sostenibilidad en el tiempo de la política pública de Control del Tabaco es el principal desafío en el futuro inmediato para sostener y avanzar en lo alcanzado, pero además, impedir acciones regresivas en el nivel alcanzado de la Protección a la Salud.