Honorables Magistrados

Consejo de Estado

Sección Primera

E. S. D

Ref: intervención ciudadana.

Demanda de control de nulidad instaurado contra las circulares 005 de 27 de enero de 2012; y 011 de 23 de marzo de 2012.

Expediente 2014-0001100

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

Actoras: Esperanza Cerón Villaquiran, Marian Lorena Ibarra y Liliana Andrea Ávila.

Honorables magistrados:

Nosotros, Verónica Schoj, Directora Ejecutiva de FIC Argentina (Fundación InterAmericana del Corazón) y César Murúa, Presidente de FUNDEPS (Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables) con el mayor de los respetos nos permitimos presentar ante ustedes este escrito con el propósito de aportar argumentos que podrían ser de su interés frente a la demanda de control de nulidad instaurada contra las circulares 005 de 27 de enero de 2012 y 011 de 23 de marzo de 2012 por Esperanza Cerón Villaquiran, Marian Lorena Ibarra y Liliana Andrea Ávila.

La Fundación Interamericana del Corazón Argentina (FIC Argentina) es una organización no gubernamental cuya misión es promover políticas públicas y cambios sociales que garanticen la protección del derecho a la salud a través de la reducción de las enfermedades crónicas no transmisibles, especialmente las cardiovasculares y cerebrovasculares. A través de la consecución de esa misión, desde FIC aspiramos a vivir en un país en donde la salud sea entendida como un derecho humano y en donde a través de las políticas de salud pública se contribuya a reducir la morbimortalidad por enfermedades crónicas evitables y se contribuya a la mejora del desarrollo social, a la reducción de la inequidad y la vulnerabilidad. Los objetivos de FIC son: promover legislación y el desarrollo de políticas públicas eficaces para disminuir el impacto de las enfermedades cardiovasculares, cerebro-vasculares y crónicas; trabajar en el ámbito de la investigación para contribuir al diseño, implementación y monitoreo de políticas de salud pública; contribuir a la capacitación y trabajo en red de las organizaciones de la sociedad civil para incidir en la implementación de políticas públicas relativas a la prevención y promoción de la salud; defender el derecho a la salud de la población trabajando para hacer cumplir los compromisos adquiridos por el Estado a través de leyes y tratados internacionales y, por último, educar y concientizar a la población para promover un

cambio cultural que favorezca la adopción de hábitos y estilos de vida saludables.

La Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS) es una organización no gubernamental cuya misión es la de contribuir al fortalecimiento de una sociedad más justa, equitativa e inclusiva, que, a través de procesos democráticos y participativos, promueve un desarrollo sustentable y respetuoso de los derechos humanos. Con ese objetivo, FUNDEPS ha constituido un área de derechos humanos desde la cual se realizan diferentes acciones para promover el cumplimiento de esos derechos, en particular de derechos económicos sociales y culturales. FUNDEPS tiene experiencia en la representación de comunidades vulnerables en reclamos vinculados a la protección de la salud y el ambiente y ha realizado presentaciones en tribunales locales, internacionales y ante organismos internacionales de monitoreo de derechos humanos.

Realizamos esta presentación profundamente motivados en que procesos judiciales como este poseen gran repercusión tanto a nivel global como a niveles regionales, ya que generan valiosos antecedentes jurisdiccionales sobre la importante temática de Control de Tabaco. En este sentido, ambas organizaciones trabajan arduamente en pos de la protección del derecho a la salud, y en especial FIC-Argentina posee una importante trayectoria en la promoción de políticas de control de tabaco haciendo frente a la grave epidemia de tabaquismo, que genera altísimos costos en términos de vidas humanas y recursos fiscales para los estados. FUNDEPS, por su parte, tiene experiencia en la utilización de recursos legales para la defensa de derechos como la salud o el ambiente. Bajo este orden de ideas apoyamos enérgicamente la demanda de nulidad presentada y esperamos poder aportar a una decisión que se alinee en torno a los más altos estándares de protección del derecho humano fundamental a la Salud.

Mediante la presente, apoyamos la demanda de nulidad de las circulares 005 de 27 de enero de 2012 y 011 de 23 de marzo de 2012 porque ellas regulan elementos de promoción que deberían considerarse incluidas en la prohibición general establecida en Colombia. A pesar de que esta demanda se orienta a una políticas particular de Colombia, creemos que nuestra experiencia de monitoreo del accionar de la industria del tabaco puede ser un elemento relevante para entender mejor el contexto en el que estas políticas de regulación se establecen.

En este escrito, se señalaran las técnicas de marketing que la industria tabacalera utiliza tanto a nivel regional como global a fin hacer publicidad de sus productos en los puntos de venta. Para ello reportaremos imágenes de estrategias de marketing de productos de tabaco (incluyendo la exhibición de productos) en puntos de venta de diferentes países de Latinoamérica, que hemos llevado cabo como parte de un monitoreo regional. Este relevamiento documenta las diversas estrategias que la industria tabacalera utiliza en distintos países de la región para minimizar o socavar las políticas de control de tabaco. Se incluirán referencias a cerca del impacto que esas técnicas de marketing tienen en la salud, en particular respecto del nivel de la iniciación del consumo en niños y adolescentes como en la obstaculización de la cesación en los fumadores adultos. A su vez, se analizará el marco normativo internacional que otorga los más altos estándares al derecho a la salud y en particular aquellos documentos que específicamente categorizan a la exhibición de productos de tabaco como una forma de publicidad. Asimismo, se presentarán y responderán los argumentos frecuentemente utilizados por esta industria tabacalera para oponerse a las medidas tendientes a restringir esas técnicas de mercadeo que buscan garantizar una mejor protección del derecho a la salud. Finalmente, se presentarán las

evidencias científicas respecto de los impactos positivos de este tipo de políticas.

A. Estrategias de mercadeo de la industria del tabaco en los puntos de venta

1. El marco general de las estrategias de mercadeo de la industria del tabaco

A lo largo de la historia, las estrategias de marketing y publicidad de la industria tabacalera han ido variando según las restricciones normativas que han surgido con el objeto de proteger la salud, el medio ambiente y los derechos de los consumidores. Un hito de particular importancia en los esfuerzos por proteger adecuadamente la salud lo constituye el "*Tobacco Master Settlement Agreement*"[1]. Uno de los puntos destacados de este acuerdo fue con respecto a las restricciones que se determinaron en materia de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco[2]. A partir de este gran paso histórico, la legislación tanto internacional como local fue evolucionando en este sentido conforme a la propia progresividad de los derechos humanos. En esa línea, se llegó en 2003 a la adopción por parte de la Organización Mundial de la Salud del Convenio Marco para el Control del Tabaco[3] (CMCT) que entró en vigor finalmente en 2005, el cual conformó otro de los hitos en la materia debido a su gran nivel de adhesión y sus altos estándares de protección de derechos.

La industria tabacalera gasta millones de dólares anualmente para comercializar sus productos[4] a través de la puesta en práctica de acciones de publicidad, promoción y patrocinio que tienen como fin incentivar el consumo de tabaco e influir en las actitudes relacionadas con el tabaco. A través de la publicidad de sus productos, la industria tabacalera intenta instalar la idea de que el consumo de tabaco es algo habitual y socialmente aceptable. De esta manera, logra debilitar las campañas de salud pública

[1] En 1998, el Master Settlement Agreement (MSA) firmado entre las principales compañías de tabaco, 46 estados de Estados Unidos, el Distrito de Columbia y los cinco territorios de Estados Unidos ayudó a cambiar la cara de la lucha contra el tabaco. Se trató del litigio civil más grande en la historia de Estados Unidos, siendo uno de los propósitos centrales reducir el tabaquismo, en particular entre los jóvenes, en los Estados Unidos. Como se indica en el MSA, cada uno de los estados y territorios firmantes renunciaron a cualquier reclamo legal futuro que se relacionen con las acciones de las empresas sobre las cuales se basó este proceso, pero no incluye los reclamos individuales que los ciudadanos puedan tener. A cambio, las empresas tabacaleras acordaron pagar a los estados miles de millones de dólares en cuotas anuales para compensarles el dinero que se gasta en relación con las enfermedades relacionadas con el tabaco. El litigio resuelto por el MSA fue interpuesto por 46 estados, el Distrito de Columbia y los cinco territorios de Estados Unidos a mediados de la década de 1990 frente a los principales fabricantes de cigarrillos de Estados Unidos, Philip Morris, RJ Reynolds, Brown & Williamson y Lorillard. Las demandas estatales buscaban el reintegro de los miles de millones de dólares gastados en costos asociados con el tratamiento de enfermedades relacionadas con el tabaquismo. Como resultado del MSA, millones de documentos internos de la empresa de tabaco fueron puestos a disposición del público. Desde que el MSA se firmó en noviembre de 1998, cerca de 40 otras compañías de tabaco han firmado el acuerdo y también están obligados por sus términos. Más información sobre el MSA disponible en: http://www.legacyforhealth.org/

[2] Además de poner fin a los procesos judiciales, el MSA creó nuevas restricciones para la oferta de cigarrillos, entre ellas nuevos límites para la publicidad, el marketing y la promoción de cigarrillos. Se prohibió la publicidad del tabaco que se dirige a las personas menores de 18 años, los dibujos animados en la publicidad de cigarrillos fueron eliminados como también la publicidad al aire libre, carteleras y en transporte público. Además las marcas de cigarrillos ya no se podrán usar en objetos promocionales.

[3] Pagina Oficial de la Organización Mundial de la Salud del Convenio Marco Para el Control del Tabaco: http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9243591010.pdf?ua=1

[4] Federal Trade Commission. Cigarette report for 2003. Washington, DC; 2005. Disponible: http://www.ftc.gov/reports/cigarette05/050809cigrpt.pdf

desacreditando las advertencias sobre las consecuencias del tabaco para la salud[5]. Además, la publicidad, la promoción y el patrocinio de productos de tabaco incrementan la iniciación al consumo de tabaco en niños, niñas y adolescentes. [6] [7].

La prohibición de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, incluida la exhibición de productos de tabaco, es una de las medidas más eficaces para reducir el consumo de tabaco en toda la población, independientemente del nivel educativo y del nivel de ingreso.[8] [9] [10] [11]

En sentido inverso, puede afirmarse que el presupuesto que la industria tabacalera invierte en el punto de venta ha crecido sostenidamente, así como también sus estrategias de comunicación con los kiosqueros (o tenderos).[12] [13] [14] [15] [16] Esto demuestra que la industria tabacalera identifica al punto de venta como un espacio central y sumamente efectivo para promover sus productos. En la década de los '80, en los Estados Unidos, por ejemplo, el presupuesto de la industria invertido en el punto de venta era del 33%. Este porcentaje se incrementó a 43% en los '90 y para el 2007 llego al 85% de su presupuesto anual en acciones de marketing.[17] Este proceso representa un fenómeno global de adaptación de la estrategia de comercialización de la industria tabacalera a los nuevos marcos regulatorios de restricción de la publicidad en las vías tradicionales de comunicación, como la prensa escrita, la tv, la radio y la vía pública, entre otras. En este sentido, una investigación que

[5] U.S. Department of Health and Human Services. Reducing the Health Cunsequences of Smoking: 25 Years of Progress. A Report of the Surgeon General. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health.DHHS Publication No. (CDC) 89-8411. 1989.

[6] DiFranza JR, Wellman RJ, Sargent JD Weitzman M, Hipple BJ, Winickoff JP. Tobacco Promotion and the Initiation of Tobacco Use: Assessing the Evidence for Causality. Pediatrics. 2006; 117: p. e1237-e1248.

[7] Lovato C, Linn G, Stead LF, Best A. Impact of tobacco advertising and promotion on increasing adolescent smoking behaviors. Cohrane Database Syst Rev. 2003; (4):CD003439.

[8] Reporte global de la epidemia del tabaquismo; Organización Mundial de la Salud; 2008

[9] Saffer H. Tobacco advertising and promotion. In: Jha P, Chaloupka FJ, eds. Tobacco control in developing countries. Oxford, Oxford University Press, 2000 Disponible en ingles en: http://www1.worldbank.org/tobacco/tcdc.asp.

[10] Borland RM. Advertising, media and the tobacco epidemic. In: China tobacco control report. Beijing, Ministry of Health, People's Republic of China, 2007 (http://tobaccofreecenter.org/files/pdfs/reports_articles/2007%20China%20MO%20Tobacco%20Control%20Report.pdf, accessed 21 February 2008)

[11] Blecher E. The impact of tobacco advertising bans on consumption in developing countries. Journal of Health Economics. 2008;27(4):930-42

[12] Bloom PN (2001) Role of slotting fees and trade promotions in zapping how tobacco is marketed in retail stores. Tobacco Control , 10, 340-344

[13] Carter S M; (2003) New frontiers , new power: The retail environment in Australia`s dark market. Tobacco control 12 (suppl. 3) iii95-iii101.

[14] Feighery E et al . (2003) How tobacco companies ensure prime placement of their advertising and products in sotres: In terviews with retailers about tobacco company incentive programmes. Tobacco control , 12, 184-188.

[15] Lavack A. M. and Toth G (2006). Tobacco point of purchase promotion: Examining tobacco industry documents. Tobacco Control , 15 (5) , 377-384.

[16] Loomis, B R, Farrelly M C et al. Point of purchase cigarette promotions before and after the Master Settlement Agreement: exploring retail scanner data. Tobacco Control , 15, 140-142.

[17] Paynter J and Edwards R. The imact of tobacco promotion at the point of sale: A systematic review. Nicotine & Tobacco Research, Vol 11, num 1 (Jauary 2009) 25-35

evaluó los documentos internos de la industria tabacalera encontró abundante evidencia de la importancia estratégica que dicha industria otorga al punto de venta para publicitar sus productos y la definición de los kiosqueros como destinatarios claves esta estrategia[18]

2. La exhibición de producto como forma de publicidad

Indudablemente se puede señalar que la exhibición de producto es un medio de publicidad fundamental debido a que:

- Las empresas tabacaleras dependen del diseño del paquete de cigarrillos como forma fundamental de comercialización. Las empresas aprovechan todos los elementos del empaquetado, incluida la estructura, el celofán exterior, la cinta desprendible, el interior, los insertos, la información de marca, y el diseño de colores.[19]
- La industria tabacalera utiliza contratos e incentivos monetarios con los vendedores minoristas (los kiosqueros) para garantizar la ubicación preferencial de sus productos en el punto de venta.[20] [21]
- La exhibición en puntos de venta facilita la identificación de nombres de marcas, un factor que aumenta el riesgo de iniciación del consumo de tabaco.[22]
- Un estudio realizado en Inglaterra encontró que la exposición y la visibilidad de los exhibidores de tabaco en el punto de venta y de las marcas exhibidas están asociadas con una mayor susceptibilidad a fumar, especialmente en las tiendas pequeñas. Estos resultados sugieren que una prohibición total de la exhibición de los productos de tabaco es el enfoque recomendado para aquellos países que están considerando avanzar en restricciones de este tipo.[23]
- Los exhibidores de productos de tabaco normalizan el consumo de cigarrillos y permiten que la industria tabacalera se comunique con los fumadores pero también con los no fumadores, ex fumadores..[24]

Luego que varios países en América Latina han avanzado con legislaciones integrales respecto a la prohibición de publicidad, promoción y patrocinio de los productos de

[18] Lavack A. M. and Toth G (2006). Tobacco point of purchase promotion: Examining tobacco industry documents. Tobacco Control , 15 (5) , 377-384

[19] Henriksen L. Comprehensive tobacco marketing restrictions: promotion, packaging, price and place. Tobacco Control. 2012; 21:147-153.

[20] Feighery EC, Ribisl KM, Clark PI, Haladjian HH. How tobacco companies ensure prime placement of their advertising and products in stores: Interviews with retailers about tobacco company incentive programmes. Tobacco Control. 2003;12(2):184- 8.

[21] Bloom PN. Role of slotting fees and trade promotions in shaping how tobacco is marketed in retail stores. Tobacco Control. 2001;10(4):340-4.

[22] Wakefield M, Germain D, Durkin S, Henriksen L. An experimental study of effects on schoolchildren of exposure to point-ofsale cigarette advertising and pack displays. Health Education Research. 2006;21(3):338-47

[23] Spanopoulos D, et al. Tobacco display and brand communication at the point of sale: implications for adolescent smoking behaviour. Tobacco Control. 2013;0; 1-6. doi: 10.1136/tobaccocontrol-2012-050765.

[24] Brown A, Boudreau C, Moodie C, Fong GT, Li GY, McNeill A, et al. Support for removal of point-of-purchase tobacco advertising and displays: findings from the International Tobacco Control (ITC) Canada survey. Tob Control. 2012;21(6):555

tabaco[25], la industria tabacalera ha intensificado sus tácticas publicitarias ya sea aprovechando vacíos legales, aplicando criterios de interpretación reñidos con el objetivo de estas leyes o simplemente incumpliendo la normativa. En este sentido, por ejemplo en Brasil, el PROCON (Instituto de Defensa al Consumidor)[26] multó a la tabacalera Phillip Morris por su campaña "Tal Vez" de la marca Marlboro por considerarla "abusiva y que se aprovecha de la inexperiencia de los jóvenes"[27]. Como podrá verse en el apartado siguiente, Brasil cuenta con una restricción amplia de publicidad y, sin embargo, la industria tabacalera sostiene sus estrategias de mercadeo aprovechándose de la excepción que permite la exhibición de producto en el punto de venta.

En este sentido, los documentos internos de la industria del tabaco muestran como estas empresas utilizan la publicidad en el punto de venta para aumentar las ventas generales de cigarrillos y no para informar a los consumidores[28].

A su vez, en los países donde se ha prohibido la publicidad en el punto de venta, se ha visto un incremento significativo en el número y tamaño de los exhibidores de paquetes de cigarrillos en el punto de venta. Las compañías de tabaco cuentan con los paquetes de sus productos como una forma más de publicidad [29] [30].

3. Situación actual de la Región Latinoamericana respecto de la exhibición de productos en los puntos de venta.

A continuación se describen algunas imágenes que demuestran claramente que la exhibición de productos de tabaco es utilizada con fines publicitarios en numerosos países de la región. Durante el 2014 hemos monitoreado los puntos de venta en 10 países de Latinoamérica, con el propósito de documentar las diversas estrategias que la industria tabacalera utiliza para continuar promocionando sus productos en los puntos de venta a pesar de las restricciones vigentes. La exhibición de productos es un factor común de las innovadoras estrategias de marketing en toda la región. La exhibición de los productos de tabaco no es aleatoria, sino que está claramente diseñada para tener formas atractivas, colores llamativos, efectos luminosos y posiciones estratégicas dentro de los comercios. Es importante mencionar que en la mayoría de los países la exhibición de producto se encuentra permitida, no obstante la normativa establece los parámetros para que la exhibición sea realizada en los puntos de venta. Sin embargo, como podrá verse más adelante, la industria tabacalera no cumple con las restricciones y utiliza la exhibición de producto como mensaje publicitario

[25] Países que han legislado de forma integral la publicidad, promoción y patrocinio de los productos de tabaco (incluye la prohibición de todas las formas de PPP directas e indirectas con excepciones mínimas): Chile, Uruguay, Brasil, Surinam, Colombia, Panamá

[26] http://www.procon.df.gov.br/

[27] http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/08/1505841-procon-multa-fabricante-de-cigarro-em-r-11-mi-por-campanha-publicitaria.shtml

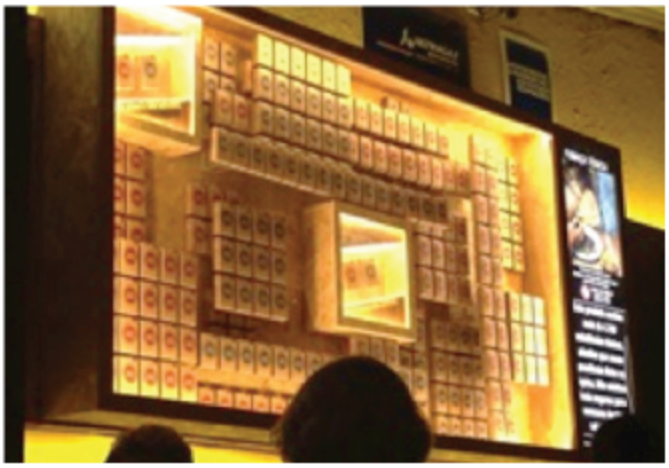
[28] Pollay RW. More than meets the eye: On the importance of retail cigarette merchandising. Tobbaco Control. 2007 Agust.

[29] Sandford A. Implementation of the Tobacco Point of Sale Regulations in the United Kingdom. Presentation made at the 13th World Conference on tobacco or Health, July 2006.

[30] MacGregor J. Tobacco Advertising at the Point of Sale. The Trading Standards Experience. MacGregor Consulting Ltd., July 2006

En Argentina, por ejemplo, la industria abusa de estrategias publicitarias en puntos de venta a pesar que el decreto 602/2013 la restringe considerablemente. Por ejemplo, el artículo 6. a). establece que la publicidad no puede ser vista desde el exterior del punto de venta, regula el tamaño y contenido de la publicidad permitida y prohíbe el uso de videos, carteles luminosos, entre otros. Sin embargo, las estrategias actuales combinan exhibición de productos con anuncios claramente atractivos para los jóvenes, como se observa en las siguientes imágenes.

En el caso de **Brasil**, la foto a continuación muestra la conformación de patrones llamativos al momento de exhibir los productos de tabaco, resaltado con técnicas especiales de iluminación:



Además, se observan situaciones de exhibición en que los productos se conectan con imágenes o frases llamativas para jóvenes o adolescente, en este caso con un escenario de un concierto y sugiriendo la importancia de la creatividad.

Este caso de **Chile**, por su parte, muestra como los productos de tabaco se colocan contiguos a golosinas que suelen ser objeto de consumo entre niños, niñas y adolescentes.

En

México también se observan la exhibición acompañada de diseños especiales realizados en los productos de tabaco.

En **Honduras,** la exhibición se realiza cerca de las cajas de pago, con el consecuente

incentivo a la compra compulsiva. .

En **Colombia,** las estrategias de publicidad y promoción utilizadas por la Industria potencia la exhibición como método de marketing, al incluir elementos llamativos como luces cambiantes al interior de los paneles donde se encuentra el material POP. Este tipo de estrategias abusa del contenido de las mismas circulares 005 y 011 de la Superintendencia, que no se refieren, en ningún caso, a la posibilidad de exhibir cigarrillos utilizando este tipo de formatos.

Los exhibidores de productos de tabaco son utilizados estratégicamente como herramientas de marketing en los puntos de venta también fueron documentadas en Panamá, Costa Rica, Guatemala y Venezuela, lo que demuestra el carácter universal de la estrategia de exhibición de productos, lo cual también se ha demostrado en otras regiones del mundo.

4. Impactos en salud de las estrategias de exhibición de productos

Desde una perspectiva de salud pública, se ha probado científicamente que la exhibición de productos de tabaco genera diferentes consecuencias en la salud, en particular respecto de la asociación de marcas en el público adolescente y la mayor susceptibilidad a consumir productos de tabaco entre quienes son expuestos a la exhibición de los paquetes de cigarrillos:

- Un estudio llevado a cabo en Irlanda, mostró que después de que los exhibidores de tabaco fueran prohibidos en ese país, los encuestados indicaron que la ausencia de exhibidores disminuyó su tentación a comprar productos de tabaco[31].
- Los productos de tabaco generalmente se colocan cerca de las golosinas y productos para niños y a la vista de ellos. Esto hace que los niños los vean como productos cotidianos e inofensivos.[32] [33] [34]
- La mayoría de los fumadores comienzan a consumir tabaco antes de los 18 años, cuando se desarrollan las asociaciones positivas de marcas.[35] Uno de los mejores medios para transmitir el valor de una marca es justamente el empaquetado.[36]
- Varios estudios han determinado una fuerte asociación entre la exposición a los exhibidores de productos de tabaco en el punto de venta y la iniciación en el consumo de cigarrillos, la susceptibilidad al consumo de cigarrillos y la intención de fumar entre los jóvenes.[37]
- Un estudio realizado en Inglaterra determinó que la exposición y la concientización a los exhibidores de tabaco y las marcas en el punto de venta (especialmente en negocios pequeños) están asociados con la susceptibilidad al consumo de cigarrillos.[38]

La exhibición de productos de tabaco en el punto de venta dificulta a los consumidores que dejen de fumar, al mismo tiempo que estimula la compra compulsiva entre la gente que está intentando dejar de fumar.

- La estrategia de la industria del tabaco está reflejado en sus documentos internos: "*Deberíamos tener a Marlboro (y otras marcas de Philip Morris) posicionadas*

[31] Scheffels J, Lavik R. Out of sight, out of mind? Removal of point-of-sale tobacco displays in Norway. Tob Control. 2012. Epub 2012/06/09. doi: 10.1136/tobaccocontrol-2011-050341. PubMed PMID: 22678299.

[32] Barnoya J, et al., "Tobacco point-of-sale advertising in Guatemala City, Guatemala and Buenos Aires, Argentina", *Tobacco Control* 2010, 19(4):338-41.

[33] Quedley M, et al., "In sight, in mind: Retailer compliance with legislation on limiting retail tobacco displays", *Nicotine & Tobacco Research* 2008, 10(8): 1347-54.

[34] Hosler AS and JR Kammer, "Point-of-purchase tobacco access and advertisement in food stores", *Tobacco Control* 2012; 21(4):451-2.

[35] Perry C., "The tobacco industry and underage youth smoking: tobacco industry documents from the Minnesota litigation", *Arch Pediatr Adolesc Med*. 1999, 153 (9): 935-941.

[36] Donovan R, Jance J, Jones S., "Tobacco point of sale advertising increases positive brand user imagery", *Tobacco Control* 2002, 11(3): 191-194.

[37] Mackintosh AM, et al., "The association between point-of-sale displays and youth smoking susceptibility", *Nicotine & Tobacco Research* 2012, 14(5):616-20.

[38] Spanopoulos D, et al., "Tobacco display and brand communication at the point of sale: implications for adolescent smoking behavior", *Tobacco Control* 2013, doi: 10.1136/tobaccocontrol-2012-050765.

en los locales de venta para aprovechar las compras impulsivas. ¿Cuáles son los mejores lugares para ofertas promocionales, puntos de venta, etc.? Estamos buscando visibilidad invasiva"[39].

- La exhibición de productos tiene una fuerte influencia en las compras impulsivas, incluso si no es acompañada por materiales promocionales, como se demostró en un estudio en Australia.[40] Por ello, las políticas que buscan quitar la visibilidad de los productos de tabaco en los puntos de venta tienen una alta probabilidad de disminuir las compras impulsivas.
- Entrevistas con ex fumadores de Nueva Zelanda determinaron que los exhibidores de tabaco les provocaban "deseos físicos y emocionales" que hacían que dejar de fumar fuese más difícil.[41]
- Un estudio realizado en Noruega determinó que los encuestados más jóvenes eran más propensos que los adultos a decir que los exhibidores de productos de tabaco los incitaba a comprar cigarrillos.[42]
- Un estudio realizado en Nueva Zelanda halló que una mayor exposición a los exhibidores de tabaco en el punto de venta incrementaba la probabilidad de probar el cigarrillo y el consumo real de tabaco.[43]

B. La restricción a la exhibición de productos de tabacos desde una perspectiva de derechos humanos

1. Marco normativo de regulación de la publicidad y promoción de productos de tabaco en Colombia

En Colombia existe una prohibición absoluta de la promoción y publicidad de productos del tabaco y sus derivados; esta prohibición comprende, además, la exhibición en puntos de venta. En efecto, el CMCT, tratado internacional incorporado a la Legislación nacional mediante la Ley 1109 de 2006, los artículos 15 y 16 de la Ley 1335 de 2009, así como las decisiones de constitucionalidad de la Corte Constitucional integran un marco jurídico que indica que la exhibición es una forma de promoción, que como tal no se encuentra autorizada.

El CMCT establece una serie de medidas dirigidas a "*reducir de manera continua y*

[39] Phillip Morris USA, "Marlboro medium reference guide" (internal industry document.) 1991, disponible en: http://tobaccodocuments.org/rjr/507795050-5124.html (traducción para el presente documento).

[40] Wakefield M, et al. "The effect of retail cigarette pack displays on impulse purchase", *Addiction* 2008, 103(2): 322-328.

[41] Hoek J, et al., "How do tobacco retail displays affect cessation attempts? Findings from a qualitative study", *Tobacco Control* 2010; 19(4): 334-7.

[42] Scheffels J and R. Lavik R., "Out of sight, out of mind? Removal of point-of-sale tobacco displays in Norway", *Tobacco Control* 2012.

[43] Paynter J, et al., "Point of sale tobacco displays and smoking among 14-15 year olds in New Zealand: A cross-sectional study", *Tobacco Control* 2009, 18(4):268-74.

sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco"[44].

Por su parte la Ley 1335 de 2009 a través de la cual Colombia estableció medidas legislativas y administrativas con el propósito de prevenir daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y establecer 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 consagra, en los artículos 15 y 16, una prohibición absoluta de la publicidad y promoción de productos del tabaco:

> *ARTÍCULO 15: PUBLICIDAD EN VALLAS Y SIMILARES. Se prohíbe a toda persona natural o jurídica la fijación de vallas, pancartas, murales, afiches, carteles o similares móviles o fijos relacionados con la promoción del tabaco y sus derivados.*
>
> *ARTÍCULO 16. PROMOCIÓN. Prohíbase toda forma de promoción de productos de tabaco y sus derivados*

La constitucionalidad de esta disposición normativa fue estudiada por la Corte constitucional, a través de la sentencia C-830 de 2010[45]. En el análisis de constitucionalidad, que ha sido relevante para discusiones legislativas y judiciales en otros países dela región, la Corte declaró exequible sin condiciones la prohibición total de la promoción y propaganda del tabaco y sus derivados, así como la restricción de actividades de patrocinio, y las consideró medidas compatibles con la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, *"puesto que el legislador puede imponer restricciones, incluso a nivel de prohibición, a la publicidad comercial, cuando concurran razones imperiosas que hagan proporcionales medidas de esa naturaleza"*. En el análisis de constitucionalidad del articulo 15 y 16 Ley 1335 de 2009 la Corte concluyó que esta norma *"debe entenderse como una **cláusula amplia**, que implica la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco, en los términos comprendidos por el CMCT"*. (Negrillas nuestras)

En ese sentido, hace una remisión directa al artículo 1 del Convenio Marco para el Control de Tabaco que define la *"publicidad y promoción de tabaco"* como *"toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco"*[46].

Adicionalmente, interpretó las disposiciones de los artículos 15 y 16 de la ley recurriendo a las *Directrices para la aplicación del artículo 13*[47] *(Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco) del Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco*, adoptadas por la Conferencia de las Partes del CMCT. La Corte señala que *"según este documento internacional, útil para la interpretación de las normas del Convenio, entre ellas las que imponen deberes de los Estados signatarios, "… tanto la «publicidad y promoción del tabaco» como el «patrocinio del tabaco» abarcan la promoción no sólo de determinados productos de tabaco, sino también del consumo de tabaco en general, no sólo los actos, actividades y acciones que tengan un objetivo promocional sino también las que tengan*

---

[44] Artículo 3. Objetivos

[45] http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-830-10.htm

[46] CMCT, artículo 1.

[47] http://www.who.int/fctc/guidelines/article_13_es_r.pdf

o puedan tener un efecto promocional, y no sólo la promoción directa sino también la indirecta. La publicidad y la promoción del tabaco no se limitan a comunicaciones, sino que comprenden también recomendaciones y acciones, que deberían abarcar al menos las categorías siguientes: a) diversos arreglos de venta y/o distribución; b) formas ocultas de publicidad o promoción, como la introducción de productos de tabaco o del consumo de tabaco en el contenido de diferentes medios de difusión; c) diversas formas de asociación de productos de tabaco con eventos o con otros productos; d) empaquetado promocional y características de diseño de productos; y e) producción y distribución de artículos tales como golosinas, juguetes u otros productos que imiten la forma de los cigarrillos u otros productos de tabaco."

Tal como expresamente lo señaló la Corte Constitucional, la Directriz identifica algunos ejemplos de arreglos de venta y/o distribución, y señala de manera expresa la **exhibición en puntos de venta** como ejemplos de promoción y publicidad de productos de tabaco. De esta manera, la Corte considera que la interpretación que mejor describe el sentido jurídico propio del término *promoción* y aquella más acorde con el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano en materia de control de tabaco, es **la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco y sus derivados, en los términos descritos en el CMCT**, lo que incluye la exhibición en puntos de venta.

Junto con los argumentos anteriormente expuestos, es preciso tener en cuenta que la prohibición de exhibición en puntos de venta ha sido reconocida por autoridades administrativas colombianas. En efecto, el Ministerio de Salud y Protección Social, entidad encargada de diligenciar el instrumento de presentación de informes de Convenio Marco para el control del tabaco en el 2012, indicó que en Colombia estaba prohibida la promoción y publicidad de productos de tabaco y señaló que la misma incluye la exposición y exhibición en los puntos de venta[48].

De esta manera, una cabal interpretación de la legislación colombiana, en armonía con el CMCT y los parámetros hermenéuticos fijados por la Corte Constitucional de Colombia, como máximo tribunal de interpretación de la Carta Política colombiana, así como el reconocimiento realizado por el Ministerio de Salud Protección social permiten concluir, sin duda, que la exhibición en puntos de venta de productos de tabaco y sus derivados se encuentra prohibida en Colombia.

2. La perspectiva de derechos humanos respecto de la protección del derecho humano a la salud frente al tabaquismo

Una característica saliente del CMCT es su estrecha vinculación con los tratados de derechos humanos[49]. En el propio preámbulo del CMCT se hace la conexión con instrumentos tales como el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), la Convención sobre los derechos del niño (CDN) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Más allá de esa vinculación formal inicial, recientemente los

[48] Instrumento de Presentación de Informes Del Convenio Marco de La OMS Para el Control del Tabaco diligenciado por el Ministerio de Protección Social. 2012.

[49] Cabrera, O. y Lawrence O. Gostin, "Human Rights and the Framework Convention on Tobacco Control: mutually reinforcing systems", *International Journal of Law in Context* 7 (3): 285-303, 2011.

organismos de monitoreo del sistema universal de protección de derechos humanos han utilizado al CMCT como una herramienta para interpretar en concreto la obligación de proteger la salud.[50] Como veremos, la conexión con las obligaciones de derechos humanos se hace aún más fuerte cuando se destaca este tipo de vinculación, incluso respecto a países que todavía no hayan ratificado el CMCT, como es el caso de Argentina.

El Comité de derechos económicos, sociales y culturales (CDESC) [51] 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 de Brasil que, como Estado parte del PIDESC, tomara medidas para reducir el impacto del tabaco en la población en los siguientes términos:

"30. El Comité toma nota con preocupación que en el Estado parte sigue estando permitido incitar al consumo de tabaco en la publicidad y que, aunque el consumo de productos de tabaco está prohibido en los espacios públicos, está permitido fumar en áreas específicamente designadas al efecto. (…) ***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."***[52]

Como queda de manifiesto en la observación y en la recomendación correspondiente, 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. Esta vinculación se repite incluso para países que no hayan ratificado el CMCT, como es el caso de Argentina[53].

Esta fuerte vinculación entre el CMCT y los tratados de derechos humanos ha generado que se lo entienda como un tratado de derechos humanos en sí mismo. Esta es la posición adoptada por algunos tribunales de la región. Así se ha manifestado, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica[54] En el mismo sentido, se ha expresado el Tribunal Constitucional de Perú al afirmar que el CMCT es un tratado de derechos humanos porque *"lo que busca proteger de manera clara, expresa y directa es el derecho fundamental a la protección de la salud."*[55] Profundizando en esta posición, el Tribunal

[50] Cabrera, O. y A. Madrazo, "Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America", *Salud Pública de México* 52 (288-297), 2010.

[51] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC, por sus siglas en inglés) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto. El Comité publica su interpretación de las disposiciones del Pacto, en forma de observaciones generales. Su página web es: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/CESCRIndex.aspx.

[52] CDESC (2009), Examen de los informes presentados por los Estados partes 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, párr. 31.

[53] CESCR (2011), Examen de los informes presentados por los Estados partes 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.

[54] Sala Constitucional, Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia N°3435-92 y su aclaración, N°5759-93, p. 22.

[55] Tribunal Constitucional del Perú, *Jaime Barco Rodas contra el Artículo 3º de la ley No. 28705 – Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, proceso de inconstitucionalidad*, Julio de 2011, párr. 67.

Constitucional afirma 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 partes de manera clara y directa a la adopción de medidas que contribuyan a optimizar su eficacia".*[56]

Debido a esta conexión existente entre el CMCT y los tratados de derechos humanos, el CMCT se consolida como una herramienta para la interpretación en concreto de la obligación de proteger el derecho humano a la salud frente a la epidemia del tabaquismo. Esta obligación, exige una acción activa por parte del Estado para regular la conducta de terceras personas que afectan el derecho a la salud de otras. El CDESC explica directamente cómo se configuraría una violación, recurriendo incluso al ejemplo de la regulación del tabaco. En palabras del Comité:

"Las violaciones de las obligaciones de proteger dimanan del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones tales como la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas" (...)[57].

Entonces, la omisión de adoptar las medidas necesarias para proteger adecuadamente el derecho a la salud de la población respecto del accionar de terceros implica una violación de la obligación de proteger. En el caso de Colombia, con una ley que específicamente ha prohibido la publicidad y promoción de tabaco, siguiendo los lineamientos del CMCT, la mirada de derechos humanos sólo viene a reforzar la necesidad de asegurar una efectiva implementación de esa normativa para poder cumplir con la obligación de proteger el derecho a la salud. Así, en relación con esta demanda, la declaración de nulidad de las circulares bajo consideración es un paso necesario para asegurar el cumplimiento con esas obligaciones.

3. La restricción de la exhibición en el marco del CMCT y las directrices

El Artículo 13 del CMCT de la OMS y sus Directrices establecen una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco, incluyendo a la exhibición de productos de tabaco en el punto de venta.[58] [59] La directriz del artículo marca la importancia de la exhibición de productos como una forma de promoción:

[56] Ibid, párr. 69.

[57] CDESC, Observación General Nº 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), párr. 51. Subrayado no presente en el original.

[58] CMCT, *supra* n. 63, art. 13.2.

[59] Directrices para la aplicación del artículo 13 del CMCT.

12. La exhibición de productos de tabaco en puntos de venta es en sí misma una forma de publicidad y promoción. La exhibición de productos es un medio clave para promover productos de tabaco y el consumo de éstos, inclusive mediante la incitación a comprar productos de tabaco, creando la impresión de que el consumo de tabaco es socialmente aceptable, y haciendo más difícil que los consumidores de tabaco abandonen el hábito.

13. Para asegurarse de que los puntos de venta de productos de tabaco no tengan elementos promocionales, las Partes deberían prohibir absolutamente toda exhibición y visibilidad de productos de tabaco en los puntos de venta, incluidos los puntos de venta al por menor fijos y los vendedores ambulantes. Sólo se permitiría una enumeración textual de productos y sus respectivos precios, sin elementos promocionales. Al igual que todos los aspectos del artículo 13 del Convenio, la prohibición se debería aplicar también en embarcaciones, aviones, puertos y aeropuertos.

La exhibición de productos de tabaco debilita la eficacia de las leyes de control del tabaco que prohíben la publicidad, la promoción y el patrocinio del tabaco y expone a la población a las tácticas de comercialización de la industria tabacalera que pretenden aumentar las ventas y el consumo de productos de tabaco. Por ello las exhibiciones de productos se consideran comprendidas dentro de la prohibición integral de publicidad, promoción y patrocinio. Al respecto, la directriz establece como recomendación la prohibición de la exhibición de productos de tabaco:

14.(...)

Recomendación

La exhibición y la visibilidad de productos de tabaco en puntos de venta son formas de publicidad y promoción y, por lo tanto, deberían estar prohibidas. (…)[60]

Es importante destacar que el valor jurídico de las directrices ha sido destacado tanto a nivel doctrinario[61] como a nivel jurisprudencial, incluso en particular en Colombia. La Corte Constitucional de Colombia califica a las directrices, de hecho refiriéndose a la directriz del artículo 13 en específico, como un "*documento internacional, útil para la interpretación de las normas del Convenio, entre ellas las que imponen deberes de los Estados signatarios*"[62]. En la misma línea, recientemente se ha pronunciado Coljuegos, empresa descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público creada mediante el Decreto 4142 del 3 de noviembre de 2011. Esta institución del ámbito público les concede un rol de instrumento de interpretación oficial a las directrices del Convenio Marco. Para hacerlo, menciona al Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, que en el artículo 31 sobre interpretación de los tratados establece que *"juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus*

[60] Ibid., p. 12-14.

[61] Liberman, Jonathan, "The Power of the WHO FCTC: Understanding its Legal Status and Weight" (January 14, 2014) en Andrew Mitchell and Tania Voon (eds), *The Global Tobacco Epidemic and the Law* (Edward Elgar, UK, 2014). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2378701 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2378701

[62] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-830 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Vargas Silva. 20 de Octubre de 2010, Referencia de Expediente D-8096. Bogotá, Colombia, p. 26.3.

disposiciones (...)"[63]. Luego de eso, afirma que *"como se puede ver en la web del Convenio Marco de la OMS para el control de tabaco las directrices sobre publicidad, promoción y patrocinio del tabaco fueron aprobadas por las partes del tratado, motivo por el cual son un criterio válido de interpretación".*[64] Como se observa, la importancia de las directrices para interpretar las obligaciones impuestas por el CMCT de la OMS es muy clara, y así se ha reconocido en particular en Colombia.

4. Respondiendo a argumentos de la industria del tabaco

La industria tabacalera utilizó en varios países del mundo los mismos argumentos para oponerse a las normas de control de tabaco que regulan la publicidad, la promoción y el patrocinio de productos de tabaco. La base de la oposición es la violación de derechos fundamentales; sin embargo ninguno de esos argumentos ha resistido análisis judicial. A continuación se desarrollan las principales objeciones de la industria con sus contra argumentos desde la perspectiva de derechos humanos y control de tabaco.[65]

4.1 La protección de la libertad de expresión

La industria tabacalera ha utilizado el argumento de la libertad de expresión, con el fin de proteger sus acciones publicitarias, amparados en una norma de corte constitucional. Sin embargo, analizando los objetivos y fines de la libertad de expresión, es posible argumentar que la misma no busca proteger conductas como la de publicitar un bien. La libertad de expresión busca proteger formas de expresión necesarias para el buen funcionamiento de una sociedad democrática. Sin embargo, 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 entre diversos productos en el mercado. De hecho, en este sentido, se han presentado argumentos casi idénticos en los tribunales de Argentina y Brasil.

En diversos países, la industria tabacalera ha defendido que tiene un derecho fundamental de raigambre constitucional a publicitar su producto, a través de diversas formas, una de las cuales es la exhibición de los mismos. Para ello, se han basado en distintos argumentos que analizaremos a continuación, entre los que se encuentran: la publicidad como discurso protegido por la libertad de expresión, la imposibilidad de realizar una censura previa del discurso comercial por parte del Estado y la inexistencia de una relación directa entre la publicidad y el consumo.

4.1.1 El discurso comercial como forma protegida por la libertad de expresión.

La industria del tabaco argumenta que la libertad de expresión también se extiende a su

---

[63] Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 31.

[64] Coljuegos, Respuesta definitiva, *supra* n. 40, p. 5.

[65] Para un análisis sistemático de argumentos judiciales de la industria del tabaco y posible respuestas, recomendamos revisar el documento: "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, 2010, disponible en http://www.law.georgetown.edu/oneillinstitute/documents/2012_OneillTobaccoLitGuide_SPA.PDF

derecho a promocionar sus productos. De acuerdo con la industria, una determinada estrategia de publicidad constituye una forma de expresión que debe ser protegida por la garantía de la libertad de expresión.

Más allá de las defensas de la industria tabacalera, la premisa esgrimida es falaz, ya que el discurso comercial cuenta con un estándar de protección más bajo que el discurso político o social. La libertad de expresión garantiza que los medios para expresar inquietudes, opiniones e ideas no sean restringidos directa ni indirectamente por el Estado. Su fundamento es, en última instancia, la necesidad republicana 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.

Muy distinta e inferior protección legal merece el discurso comercial, en especial el de productos de tabaco, que entra en contradicción directamente con otros derechos fundamentales, que sí gozan de la máxima protección, tales como el derecho a la salud, a la vida y los derechos del niño, niña y adolescente. 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.

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.

Es relevante hacer una mención a la protección a la libertad de expresión establecida en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Esta norma protege la libertad de expresión en vistas de un discurso social y político: “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.” La respuesta a este argumento vuelve a ser que el discurso comercial no entra dentro del campo de protección de la libertad de expresión. Más allá de las dificultades de clasificar las diversas formas de expresión en la práctica, en términos generales, el discurso comercial se encuentra más vinculado con la libertad económica, la cual, como se mencionó anteriormente, es un derecho que puede ser regulado y limitado por el Estado con mayor amplitud. Subsidiariamente, aun si se interpretase que la CADH protege el discurso comercial como sostiene la industria tabacalera, el mismo podría ser limitado con el objeto de proteger el derecho a la salud. 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. De acuerdo a lo explicado, la industria tabacalera no puede ampararse en la CADH para difundir expresiones comerciales que como ya se ha explicado afectan el derecho a la salud, a la vida y en especial los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

4.1.2 El Estado no puede realizar actos de censura previa

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 medidas. En el mismo sentido, la mayoría de las constituciones latinoamericanas vedan la posibilidad al aparato estatal de realizar censuras de discursos políticos y sociales previas a su publicación o divulgación y solo brinda la posibilidad de aplicar sanciones posteriores de índole penal o civil según corresponda, cuando éstas contravengan algún mandato legal. La industria tabacalera sosteniendo que su discurso de libertad de expresión se enmarca dentro de la protección constitucional de máximo rigor, pretende que los Estados no juzguen a priori su estrategia publicitaria. Sin embargo, el argumento de la industria tabacalera cae rápidamente si seguimos la lógica de la distinción entre discurso comercial, político y social. Como el discurso comercial no implica un ejercicio de libertad de expresión, las protecciones especiales otorgadas a la expresión, como la prohibición de la censura previa, no son aplicables.

4.1.2 Inexistencia de relación directa entre la publicidad y 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. En vez de ello, la importancia de la publicidad en este tipo de producto radicaría en distinguir la marca de la competencia. Sin embargo, la verdadera intención de la industria tabacalera es generar a través de la publicidad un nuevo mercado, enfocado especialmente en niños, niñas y adolescentes. 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 adolescentes.

Diversos estudios científicos han proporcionado evidencia inequívoca de que cuanto más expuestos están los jóvenes a la publicidad del tabaco, más probabilidades hay de que consuman tabaco. 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. Como no pueden dejar de fumar, se convierten en grandes fumadores y siguen consumiendo tabaco durante toda su vida. Las leyes que restringen la publicidad de tabaco han demostrado ser efectivas para reducir el consumo de tabaco.[66].

4.2 La provisión de información a consumidores

La industria argumenta que los consumidores tienen **derecho a recibir información veraz** y a que se proteja su libertad de elección, incluyendo la información que proporcionan los fabricantes y los minoristas. Es en virtud de la legalidad de los productos de tabaco, que afirman contar con autorización para proveer información verídica acerca del producto que venden.

Sin embargo, en lo que respecta al consumo de tabaco, es interesante mencionar que en el proceso de elección que realizan los consumidores, la publicidad juega un papel crucial

[66] Informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2008. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789243596280_spa.pdf?ua=1

ya que implica la difusión de información inexacta y distorsionada, lo que contraría el derecho de los consumidores a recibir información **adecuada**. Referimos entonces a la necesidad de una información que presente certidumbre sobre las consecuencias nocivas derivadas de la elección ya que no existe un uso del tabaco que sea inocuo para el usuario y, en muchos casos, aún a los no usuarios (i.e., quienes están afectados por la exposición al humo de tabaco ajeno).

De esta forma, la información ofrecida no toma un papel relevante en la toma de decisiones acerca del consumo de tabaco ya que la publicidad que destaca la asociación entre el tabaco y el éxito social, necesariamente nubla los riesgos del consumo de tabaco que incluyen la adicción y la muerte. Diversos trabajos de investigación demuestran que el conocimiento general de los efectos nocivos del consumo de tabaco es incompleto y limitado, y que, suele observarse una subestimación de los efectos nocivos del tabaquismo en la salud.[67] [68] [69]

La Constitución Política Colombiana consagra expresamente el derecho de los consumidores a recibir información adecuada en su artículo 78, lo que denota aún más la importancia del suministro de esta información de manera apropiada[70]. En líneas con los objetivos generales del derecho de protección de consumidores, las reglas buscan igualar una relación desequilibrada entre proveedores y consumidores. Por ello, en un contexto en el cual la industria tabacalera a través de sus estrategias comerciales no brinda a los consumidores una información veraz, y considerando el carácter adictivo del producto que vulnerabiliza aún más a consumidores, es difícil argumentar que el derecho de protección de consumidores protege el accionar de la industria . Por el contrario, el derecho a la información que tienen los consumidores, requiere restricciones sobre la publicidad, la promoción y el patrocinio, así como restricciones en el empaquetado y etiquetado.

4.3 El tabaco como producto legal

La industria tabacalera buscar argumentar que posee amplísimos derechos en base a que tanto el producto del tabaco como la industria tabacalera actúan dentro de la ley. Sin embargo el hecho de que el producto de tabaco sea legal no obsta a que esté sujeto a restricciones de orden legal y constitucional.

La legalidad del producto de tabaco no se traduce en una carta blanca para que la industria tabacalera desarrolle estrategias comerciales libremente, aumentando el daño al ambiente y a la salud. Así lo ha entendido la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-870 del 2003 "*Sobre él recaen una serie de cargas que son necesarias para que el dictado de la solidaridad sea real y efectivo. Una de esas cargas consiste en que el ejercicio del derecho de propiedad debe servir para mantener el medio ambiente sano y libre de*

[67] Portillo F y Antoñanzas F (2003) «Análisis de la información existente en España sobre los riesgos asociados al consumo de tabaco: una aplicación del modelo bayesiano», Información Comercial Española. Revista de Economía 804:169-184.

[68] Mahood G (1999) «Warning that tell the truth: breaking new ground in Canada», Tobacco Control vol. 8:356-361

[69] Kenkel DS (1991) «Health behavior, health knowledge, and schooling», Journal of Political Economy 99:287-305

[70] Constitución Nacional de Colombia, artículo 78.

elementos que puedan perjudicar la salud de los ciudadanos".

En palabras de la propia Corte Constitucional de Colombia, en el caso del tabaco estamos ante un mercado pasivo, es decir: "*En esos casos, que son muy comunes frente a vicios, (…) es entonces perfectamente legítimo que el Estado recurra a una forma que algunos autores han denominado 'mercado pasivo', esto es, un mercado que el Estado y la sociedad simplemente toleran, pero que desestimulan, por considerar que se trata de vicios o actividades no deseables; entonces el Estado no sólo limita las posibilidades de desarrollo a nivel espacial y temporal de esas actividades (…) sino que prohíbe cualquier forma de publicidad de la misma y le impone altos impuestos, todo con el fin de desestimular el consumo de esos productos o la realización de esas actividades*".[71]

Según la sentencia C-830 del 2010, resulta constitucionalmente admisible que se impongan restricciones intensas, e incluso prohibiciones a la publicidad y promoción del tabaco, pues el consumo de esta sustancia configura un grave problema de salud pública, como lo han reconocido instrumentos internacionales suscritos por Colombia. Ante esta situación, no solo resulta aceptable sino obligatorio desde una perspectiva de derechos humanos que se impongan restricciones dirigidas a desestimular el consumo de tabaco. En este contexto normativo, las circulares bajo estudio debilitan estas restricciones, enmarcadas todas ellas en la voluntad estatal de llevar a la producción, importación y comercialización a la condición de un mercado pasivo, esto es, jurídicamente tolerado, aunque desincentivado por el Estado. En tal sentido, no se opone prima facie al ordenamiento constitucional que el legislador disponga reglas que busquen la conformación de un mercado pasivo, esto es, la existencia correlativa de la autorización para la producción y comercialización de determinado bien o servicio y la fijación de políticas destinadas a desincentivar su consumo.

Por ello arribamos a la conclusión que más allá de que el mercado del tabaco es legal, aquél no puede ser incentivado ni en forma activa (por ejemplo llevando adelante campañas publicitarias) ni pasiva (dejando que se lleven adelante campañas de publicidad, patrocinio y promoción) por parte del Estado. La legalidad de industria tabacalera, no implica que pueda desarrollar sus actividades ajena al control estatal, en particular en lo que respecta a las estrategias publicitarias.

C. Evidencia científica respecto de la implementación de la prohibición de exhibir productos de tabaco

Existen numerosos estudios que dan cuenta de los impactos de la implementación de la prohibición de exhibir documentos. A continuación se citan algunos estudios que muestran los impactos en salud pública de este tipo de medidas:

- Un estudio realizado en Estados Unidos estimó que si se exigiera la colocación de los paquetes de cigarrillos fuera de la vista, se podría reducir hasta 83% la

[71] Intervención del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia en el caso decidido por la Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia C-830 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Vargas Silva. 20 de Octubre de 2010, Referencia de Expediente D-8096. Bogotá, Colombia

exposición de los adolescentes a las marcas de cigarrillos.[72]

- Un estudio realizado en cuatro países determinó menores niveles de compras impulsivas en Canadá y Australia, donde los exhibidores de tabaco están prohibidos, que en Estados Unidos y el Reino Unido, donde los exhibidores de tabaco no estaban prohibidos al momento del estudio.[73]

Por otra, es también relevante destacar que estas políticas son viables y que su implementación no tiene impactos económicos negativos significativos.

- En Irlanda, una evaluación económica de las ventas de tabaco antes y después de la prohibición de exhibidores de tabaco no afectó significativamente los ingresos de las tiendas un año después de la implementación de la prohibición.[74]
- El cumplimiento de la prohibición de exhibidores de productos de tabaco en el punto de venta ha sido regularmente alto en varios países, incluyendo Australia[75], Irlanda[76] y Noruega[77].
- Los vendedores minoristas de tabaco de Nueva Zelanda expresaron que mantener los productos de tabaco fuera de la vista reducía los robos, no era costoso o inadecuado, y no afectaba significativamente los ingresos de la tienda.[78]

D. Conclusiones

En definitiva, ha quedado probado que la exhibición de productos de tabaco es una estrategia utilizada deliberadamente por la industria del tabaco. Estos esfuerzos se despliegan en todos los países de nuestra región, como quedó demostrado en la sección pertinente, con el monitoreo de puntos de venta en diferentes países de Latinoamérica. Como se vio, esta estrategia tiene impactos directos en problemas graves de salud pública como lo son la mayor susceptibilidad para fumar especialmente entre jóvenes o la mayor atracción por ciertas marcas comerciales, entre otras. Por ello, analizando el CMCT y sus directrices, la legislación doméstica de Colombia y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, corresponde entender que la exhibición de productos se encuentra prohibida en Colombia. De hecho, desde una mirada de derecho internacional de los derechos humanos es posible argumentar que esa prohibición es exigible para dar cabal cumplimiento a la obligación de proteger el derecho humano a la salud. En ese sentido,

[72] Henriksen L, et al. "Reaching youth at the point of sale: Cigarette marketing is more prevalent in stores where adolescents shop frequently", *Tobacco Control* 2004, 13(3):315-8.

[73] Li L, et al., "Impact of point-of-sale tobacco display bans: findings from the International Tobacco Control Four Country Survey", *Health Educ Res* 2013.

[74] Quinn C, Lewis S, Edwards R, McNeill A. Economic evaluation of the removal of tobacco promotional displays in Ireland. Tob Control. 2011;20(2):151-5.

[75] Zacher M, Germain D, Durkin S, Hayes L, Scollo M, Wakefield M. A store cohort study of compliance with a point-of-sale cigarette display ban in Melbourne, Australia. Nicotine & Tobacco Research. 2013;15(2):444-9.

[76] McNeill A, Lewis S, Quinn C, Mulcahy M, Clancy L, Hastings G, et al. Evaluation of the removal of point-of-sale tobacco displays in Ireland. Tobacco Control. 2011;20(2):137-43.

[77] Scheffels J, Lavik R. Out of sight, out of mind? Removal of point-of-sale tobacco displays in Norway. *Tobacco Control*. 2012.

[78] Hoek J, Vaudrey R, Gendall P, Edwards R, Thomson G. Tobacco retail displays: a comparison of industry arguments and retailers' experiences. Tobacco Control. 2012;21(5):497-501.

el propio gobierno de Colombia, en su comunicación al secretariado del CMCT, notificó a esa institución que la exhibición de productos se encuentra prohibida. Asimismo, se respondieron a los argumentos clásicos de la industria del tabaco que vinculan la exhibición y sus campañas publicitarias con la libertad de expresión, o que considera esencial para asegurar la protección de consumidores. Finalmente, se demostró que esta política genera impactos positivos en la salud y que es factible de implementarse.

Por las razones presentadas en este documento, y conociendo la importancia que la decisión del Consejo tendrá para toda la región, apoyamos la demanda de control de nulidad instaurada contra las circulares 005 de 27 de enero de 2012 y 011 de 23 de marzo de 2012.

Verónica Schoj

Directora Ejecutiva

FIC Argentina

Fundación InterAmericana del Corazón Argentina

César Murúa

Presidente

FUNDEPS

Fundacion para el Desarrollo de Políticas Sustentables