

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA: LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y EL CONVENIO MARCO PARA EL CONTROL DEL TABACO

J. Roberto PÉREZ SALOM*

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. I. TABACO, SALUD Y COMERCIO INTERNACIONAL. II. LOS ACUERDOS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y LAS MEDIDAS DE CONTROL DEL TABACO. 1. El Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT). 2. El Acuerdo sobre los Obstáculos Técnicos al Comercio (AOTC). 3. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (AADPIRC). III. LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA. 1. El caso de los cigarrillos tailandeses. 2. El caso de las medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (hormonas). 3. El caso de las medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. IV. EL CONVENIO MARCO SOBRE EL CONTROL DEL TABACO (CMCT). 1. Un nuevo enfoque. 2. Las disposiciones generales del Convenio Marco. 3. Las disposiciones particulares del Convenio Marco. 4. Los mecanismos del Convenio Marco. V. EL CONVENIO MARCO SOBRE EL TABACO, LAS MEDIDAS DE CONTROL Y EL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. CONCLUSIONES

INTRODUCCION

Los devastadores efectos sanitarios, sociales, ambientales y económicos que el consumo de tabaco y la exposición a su humo provocan en el mundo entero ocupan un lugar prioritario en las agendas internacionales sobre salud pública. La comunidad internacional, consciente de las graves consecuencias del tabaquismo y de la necesidad de una cooperación internacional efectiva e integral, ha adoptado diferentes iniciativas para hacer frente a esta epidemia.

* El trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto "La incidencia de los convenios internacionales de comercio en la aplicación del Convenio Marco para el Control del Tabaco. Especial referencia al Mercosur" (con referencia: 1000-024-220), de la convocatoria internacional *Ratificación, implementación y/o aplicación del Convenio Marco para el Control del Tabaco*, financiada por los organismos *Canadian Tobacco Control Research Initiative*, la *American Cancer Society*, *Cancer Research UK*, e *Investigación para el control internacional del tabaco (RITC)*.

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

Desgraciadamente, a pesar de los esfuerzos encomiables de las organizaciones internacionales y no gubernamentales y de algunos Estados, la propagación del tabaquismo ha alcanzado unas dimensiones alarmantes¹. Era necesario un nuevo enfoque en la lucha contra esta pandemia. Por ello mismo, la quincuagésima sexta Asamblea de la Salud, órgano plenario de la Organización Mundial de la Salud (OMS), adoptó el 21 de mayo de 2003 el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT)², cuya entrada en vigor tuvo lugar el 27 de febrero de 2005³.

El desarrollo y la aplicación del CMCT ha suscitado debates sobre el impacto de sus disposiciones en el Derecho Internacional y en los Derechos internos. En particular, las autoridades y la doctrina se han mostrado preocupados por la coherencia entre las medidas del CMCT y los acuerdos de libre comercio, en particular, los suscritos en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

I. TABACO, SALUD Y COMERCIO INTERNACIONAL

La Organización Mundial de la Salud y la Organización Mundial del Comercio han reconocido, en un estudio conjunto, que la liberalización co-

1 La OMS mantiene una página sobre la lucha contra el tabaquismo en su portal en Internet con abundante información; la dirección de la versión española es ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD "Tabaco" [www] <http://www.who.int/topics/tobacco/es/index.html> (30/10/2007).

2. La Asamblea Mundial de la Salud, en virtud de sus resoluciones WHA49.17 y WHA52.18, de conformidad con el artículo 19 de la Constitución de la OMS, encargó la elaboración de un convenio para el control del tabaco. Las negociaciones se extendieron a lo largo de casi cuatro años. Los trabajos preparatorios del Convenio están disponibles en la página de la OMS en la dirección de Internet ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD "Convenio Marco para el Control del Tabaco" [www] http://www.who.int/gb/ftc/S/S_Index.htm (30/10/2007).

Sobre los orígenes del Convenio, *vide*, en general, ROEMER, R., *et al.*, "Origins of the WHO Framework Convention on Tobacco Control", *American Journal of Public Health*, 95:6 (2005) pp. 936-938. El trabajo está disponible en [www] <http://www.ftc.org/docs/documents/ftccorigins.pdf> (30/10/2007). Sobre la necesidad de una estrategia internacional de lucha contra el tabaquismo y los elementos que debería integrar *vide* TAYLOR, A., "An international regulatory strategy for global tobacco control", *Yale Journal of International Law* 21:(2) (1996) pp. 257-304.

3. El 3 de noviembre de 2005, tan sólo dos años y medio después de su adopción, el Convenio ya contaba con cien partes contratantes. Tal y como ha reconocido la Organización de las Naciones Unidas se trata de uno de los convenios internacionales más respaldados de la historia de la Organización. A 30 de octubre de 2007, el Convenio contaba con 151 Partes contratantes. La información sobre el estado de ratificaciones del CMCT se puede consultar en el portal de la OMS, en la dirección ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD [www] <http://www.who.int/tobacco/framework/countrylist/en/index.html> (30/10/2007).

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

mercial implica un incremento del consumo de los productos del tabaco⁴. La apertura de los mercados a las compañías extranjeras, especialmente en los Estados de ingresos medios y bajos, a través de la supresión o la reducción de los aranceles, permite que dichas compañías compitan en condiciones más equitativas con las compañías locales y un aumento de la competencia. Esto promueve la adopción de campañas publicitarias más agresivas y una reducción de los precios que conlleva el incremento del consumo de los productos de tabaco. Este incremento es especialmente significativo en los Estados más pobres y vulnerables⁵.

En definitiva, la liberalización del comercio de los productos de tabaco y el creciente aumento del comercio ilícito de dichos productos están coadyuvando al incremento del consumo de los mismos, agravando su impacto en la salud y el bienestar de las personas, el medio ambiente y la economía de las familias y de los propios Estados. Efectivamente, el consumo de productos de tabaco y la exposición a su humo son los responsables de numerosas enfermedades y causan la muerte cada año a casi 5 millones de personas, lo que equivale a una de cada diez defunciones de personas adultas, según la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Esta cifra, según fuentes de la misma organización, podría alcanzar, si continúan las tendencias actuales de consumo, los 10 millones de fallecidos en el año 2020⁶.

Las enfermedades relacionadas con el tabaco también tienen un efecto sobre la productividad del trabajo⁷. La mitad de las personas que mueren de

4. *Vide* WORLD TRADE ORGANIZATION & WORLD HEALTH ORGANIZATION, *WTO Agreements & Public Health. A Joint Study by the WTO and the WHO Secretariat* (Geneva: WTO & WHO) (2002) pp. 33-34. El trabajo está disponible en el *Media Centre* de la página ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD [www] <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/who64/en/> (30/10/2007), p. 71.

5. *Ibid.*, p. 72.

6. *Vide* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial Interinstitucional sobre Lucha Antitabáquica. Informe del Secretario General* UN Doc. E/2006/62 (3 de mayo de 2006) párr. 6; también CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial Interinstitucional sobre Lucha Antitabáquica. Informe del Secretario General* UN Doc. E/2005/55 (29 de abril de 2004) párr. 1 y 15. Ningún otro producto de consumo es tan pernicioso ni causa tantas muertes como el tabaco, que es la segunda causa de muerte en el mundo. *Vide* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial Interinstitucional sobre Lucha Antitabáquica. Informe del Secretario General* UN Doc. E/2006/62 (3 de mayo de 2006) párr. 6. Y es la primera causa evitable de muerte en el mundo. *Ibid.*, párr. 31, *Objetivo 1*

7. Otros efectos económicos del consumo de productos de tabaco en las economías nacionales derivan de los costes de la importación de los mismos, ya que la mayoría de los Estados son importadores netos, la pérdida de ingresos en concepto de impuestos a causa del comercio ilícito o contrabando, o los daños al medio ambiente que el cultivo de tabaco provoca, por ejemplo, a causa de la utilización extensiva como pesticida del bromuro de metilo, cuya

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

enfermedades derivadas del consumo de tabaco lo hacen durante su vida activa, privando a la sociedad de su contribución como trabajadores⁸ y padres⁹. Por otro lado, las personas que sufren los efectos nocivos del tabaco son una carga considerable para los sistemas nacionales de salud¹⁰.

Por otro lado, la OMS ha confirmado que el número de fumadores es mayor entre las capas sociales más desfavorecidas, tanto en los Estados en desarrollo como en los países industrializados y ha llamado la atención sobre cómo el consumo de tabaco agrava la precaria situación económica de dichos grupos sociales, que dedican una parte de sus escasos ingresos a la adquisición de productos de tabaco, en detrimento de otras necesidades básicas¹¹.

La propagación de la epidemia del tabaquismo constituye un grave problema de salud pública de alcance mundial. En la actualidad se calcula que el número de fumadores se acerca a los 1.300 millones en todo el mundo¹². En

fabricación empobrece la capa de ozono. Por otro lado, “[l]a leña empleada para curar y elaborar el tabaco contribuye a la deforestación (se calcula que 200.000 hectáreas de selvas y bosques se talan todos los años como consecuencia del cultivo del tabaco). El cultivo del tabaco requiere también el uso de abundantes plaguicidas que pueden envenenar a los seres humanos y también el agua y la tierra. El uso intensivo de fertilizantes en las tierras de cultivo del tabaco contribuye a la degradación del suelo”. *Vide* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial...* (2006), *supra* nota 6, párr. 31, p. 10.

8. Además la OMS también ha subrayado las pésimas condiciones de trabajo de los pequeños cultivadores de tabaco, debido al bajo precio del tabaco crudo, y los riesgos para su salud que proceden de su exposición a productos altamente tóxicos empleados en el cultivo. “Además, la producción de tabaco tiene riesgos para la salud resultantes del contacto directo con las hojas verdes de tabaco, que permite la absorción de cantidades considerables de nicotina a través de la piel (enfermedad del tabaco verde), y del uso de plaguicidas fuertes sin vestimenta protectora suficiente”. *Ibid.*, párr. 23 *in fine*.

9. *Vide* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial...* (2004), *supra* nota 6, párr. 34, p. 15.

10. *Ibid.*, párr. 31, p. 15.

11. *Vide* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial...* (2006), *supra* nota 6, párr. 11. “El tabaco tiene costos de oportunidad altos para los hogares pobres en que los adictos al tabaco gastan una parte considerable de los recursos del hogar en tabaco. En las familias pobres de los países en desarrollo, la proporción del gasto del hogar dedicado a la compra de productos de tabaco puede fácilmente llegar al 10% del total. Esto significa que las familias tienen menos dinero para gastar en necesidades básicas como la alimentación, la educación y la atención médica”. *Vide* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial...* (2004), *supra* nota 5, párr. 21.

12. De ellos más de 1.000 millones son hombres y 231 millones son mujeres. Aproximadamente la mitad de ellos podrían fallecer a causa del tabaco. La OMS ha alertado sobre el serio aumento del número de fumadores y de consumidores de tabaco en otras formas, especialmente entre los más jóvenes, así como del incremento de la producción de tabaco y otros productos tabaqueros. *Vide* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial...* (2006), *supra* nota 6, párr. 7.

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

los Estados en desarrollo vive el 84% de los fumadores del mundo¹³. Si el incremento del consumo de tabaco no varía, se estima que el número total de fumadores podría alcanzar los 1.700 millones en 2025¹⁴.

Finalmente, diferentes órganos de las Naciones Unidas han subrayado las relaciones entre el tabaquismo y el desarrollo¹⁵. En particular, el Secretario General ha llamado la atención sobre los estragos que el tabaco causa¹⁶ y ha subrayado que el control del tabaco debería ser reconocido como un componente esencial en los esfuerzos para reducir la pobreza y fomentar el desarrollo:

[e]l control del tabaco puede contribuir a lograr los ocho objetivos de desarrollo del Milenio. Al ayudar a los consumidores de tabaco a abandonar el hábito de fumar y disuadir a los jóvenes de adoptarlo mediante medidas de control estrictas, los daños para la salud y la pérdida de ingresos básicos pueden reducirse notablemente, lo que puede ayudar a mitigar la pobreza y promover el crecimiento económico de los países en desarrollo¹⁷.

II. LOS ACUERDOS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y LAS MEDIDAS DE CONTROL DEL TABACO

La Organización Mundial del Comercio constituye en la actualidad “el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales

13. Novecientos millones de fumadores viven en los Estados en desarrollo y con economías en transición. Tan solo un 16% viven en Estados desarrollados. *Vide* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial...* (2006), *supra* nota 6, párr. 7. El problema se agravará en los Estados en desarrollo ya que si las tendencias previstas se consolidan los Estados en desarrollo se convertirán en los únicos productores, y exportadores netos, de hoja de tabaco. *Vide* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial...* (2004), *supra* nota 6, párr. 17.

14. *Vide* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial...* (2006), *supra* nota 6, párr. 7.

15. El Consejo Económico y Social, en su resolución E/2006/62 E/2004/L.49 reconoce los efectos adversos del tabaco en los ámbitos social, económico, sanitario y ambiental y el vínculo entre el consumo de tabaco y la pobreza.

16. Naciones Unidas ha identificado cinco áreas de interés: los efectos del tabaco sobre la salud, sobre el crecimiento económico, la pobreza, sus consecuencias en el plano fiscal y el impacto de la globalización en el consumo de tabaco en el ámbito nacional y se afirma la necesidad de abordar dichos problemas desde un enfoque multisectorial. *Vide* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial...* (2004), *supra* nota 6, párr. 2 y 3.

17. *Vide* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Grupo de Trabajo Especial...* (2006), *supra* nota 6, párr. 32.

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

entre sus Miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del (...) Acuerdo [de Marrakech]”¹⁸. Como es bien sabido, estos acuerdos o tratados internacionales cubren fundamentalmente el comercio de mercancías, el comercio de servicios y los aspectos comerciales de los derechos de propiedad industrial e intelectual¹⁹. Todos los acuerdos están inspirados en los principios fundamentales del sistema multilateral de comercio, en particular, el principio de no discriminación, pilar fundamental del sistema y que se aplica a través de la cláusula de la nación más favorecida (NMF), recogida, por ejemplo, en el artículo III (1) del GATT²⁰; y el principio del trato nacional, consagrado en el artículo III (2) del GATT²¹. Por su parte, el artículo XI del GATT prohíbe las restricciones cuantitativas en las importaciones, incluyendo los contingentes arancelarios y las licencias de exportación o importación.

Los acuerdos comerciales más relevantes a los efectos de la aplicación del CMCT, es decir, aquellos cuyas disposiciones podrían entrar en conflicto con las medidas públicas de control del tabaco que el CMCT regula, son el

18. *Vide* Art. II del *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*. Los acuerdos de la OMC que se examinan o citan en el presente trabajo están disponibles en el portal de la Organización en ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO [www] <http://www.wto.org> (30/10/2007). La OMC cuenta con una versión en español de su portal, útil y bien surtida de documentos y materiales de interés. Las funciones de la OMC son enunciadas en el artículo III del Acuerdo de Marrakech y son facilitar “la aplicación, administración y funcionamiento del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales”, servir de “foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados en el marco de los acuerdos incluidos en los Anexos del presente Acuerdo (...) y de marco para la aplicación de los resultados de esas negociaciones”.

19. Tales Acuerdos consagran los principios fundamentales que deben aplicarse para la liberalización del comercio en dichos ámbitos, así como las excepciones admitidas. También incorporan los compromisos específicos que los Estados miembros han asumido en cada acuerdo, en particular las reducciones de los aranceles aduaneros, otros obstáculos al comercio y los compromisos en materia de apertura de mercados en el área de servicios.

20. De conformidad con el Derecho de la OMC, la cláusula de la nación más favorecida (NMF) conlleva la igualdad de trato para todos los Estados miembros. Es decir, está prohibido establecer discriminaciones entre los interlocutores comerciales. En caso de que un Estado conceda algún tipo de ventaja, favor o privilegio comercial a otro Estado, en cualquier tipo de actividad comercial, por ejemplo, la reducción del tipo arancelario que se aplica a un producto, dicha ventaja debe ser extendida al resto de los Estados miembros de la OMC.

21. La cláusula del trato nacional completa la cláusula de la nación más favorecida e implica, en general, que los productos importados, una vez en el mercado nacional, deben recibir el mismo trato que se dispensa a los productos similares de origen nacional. En otras palabras, los Estados acuerdan otorgar a los productos extranjeros, y en los ámbitos respectivos también a los servicios y las marcas comerciales, patentes y derechos de autor, el trato que se dispensa a los productos domésticos, una vez se encuentran dentro del mercado del Estado importador.

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT), el Acuerdo sobre los Obstáculos Técnicos al Comercio (AOTC) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (AADPIRC)²².

1. El Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT)

El GATT de 1994 es el acuerdo fundamental del sistema multilateral de comercio²³. El objetivo del GATT es reducir los aranceles aduaneros y los

22. Las disposiciones de otros acuerdos de la OMC podrían entrar en conflicto eventualmente con los preceptos del CMCT, pero dichos conflictos parecen menos probables o serían menos complejos que los originados, en su caso, por los acuerdos mencionados. En primer lugar, hay que mencionar el Acuerdo sobre la Agricultura. Este Acuerdo, así como otros acuerdos de libre comercio regionales y bilaterales, clasifican el tabaco como un producto agrícola más, sin atender a los graves perjuicios que su consumo produce. En efecto, el Acuerdo sobre la Agricultura, en su anexo I, de conformidad con el capítulo 24 del Sistema Armonizado de designación y codificación de mercancías de la Organización Mundial de Aduanas, contempla el tabaco crudo y los productos de tabaco como productos agrícolas. Habida cuenta de que numerosos Estados han adoptado medidas de apoyo al cultivo y a la fabricación de productos de tabaco, el Acuerdo y, en general, las normas de la OMC que regulan dichas medidas, son también pertinentes. El propósito del Acuerdo sobre la Agricultura es "establecer un sistema de comercio agropecuario equitativo y orientado al mercado", mediante la reducción del proteccionismo estatal y favorecer la liberalización con vistas a mejorar la producción y el comercio de los productos agrícolas, incluido el tabaco y sus productos derivados. Por ello, para muchos expertos la clasificación del tabaco como un producto agrícola, y la correlativa promoción de su producción y comercio es inaceptable y el tabaco, y sus productos derivados, deberían ser excluidos de los acuerdos comerciales a causa de los graves perjuicios que derivan de su consumo.

El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias autoriza las restricciones al comercio internacional con vistas a salvaguardar la vida animal, vegetal y la salud humana, siempre y cuando dichas medidas no supongan una protección encubierta de los productos nacionales y no discriminen entre los Estados miembros. Este acuerdo no es aplicable al tabaco o los productos del tabaco puesto que éstos no son considerados como productos alimenticios u organismos que puedan causar enfermedades.

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) es en la actualidad un texto lábil pero las negociaciones en marcha pueden reforzarlo. El impacto del GATS en las medidas públicas de control del tabaco es previsiblemente poco preocupante.

23. Existe una abundante bibliografía sobre el GATT y la OMC, en particular, en lengua inglesa. Sobre el sistema del GATT, antes de la creación de la OMC, se puede consultar BERMEJO GARCÍA, R., *Comercio internacional y sistema monetario: aspectos jurídicos*, Civitas, Madrid, 1990. Sobre la transición del sistema del GATT a la OMC, *vide* BERMEJO GARCÍA, R. & SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L., "Del GATT a la Organización Mundial del Comercio: Análisis y perspectivas de futuro", *Anuario de Derecho Internacional XII* (1996) y MONTAÑA MORA, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid 1997. También puede consultarse la excelente obra ZAPATERO, P., *Derecho del comercio global*, Civitas, Madrid, 2003.

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

obstáculos al comercio de bienes. Está cimentado en las disposiciones del GATT de 1947, algunas de las cuales han sido enmendadas, modificadas o rectificadas y en los protocolos y decisiones adoptados a lo largo de los años de vigencia del GATT de 1947. En el GATT es posible encontrar los principios fundamentales del sistema de comercio multilateral, en particular, el principio de no discriminación, pilar fundamental del sistema y que se aplica a través de la cláusula de la nación más favorecida (NMF), recogida en el artículo III (1); y el principio del trato nacional, consagrado en el artículo III (2).

Tal y como se ha indicado, el objetivo general del GATT es la liberalización del comercio de mercancías mediante la supresión de los aranceles aduaneros y las demás barreras comerciales. No obstante, ciertas disposiciones del GATT permiten que los Estados adopten medidas restrictivas del comercio que, en principio, sin dicha autorización explícita, serían contrarias a los principios de la OMC. Entre las disposiciones más controvertidas cabe mencionar el artículo XX, cuyo tenor es el siguiente:

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un *medio de discriminación arbitrario o injustificable* entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una *restricción encubierta al comercio internacional*, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: (...)

*b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales*²⁴;

El precepto reseñado recoge por tanto las excepciones generales. De entre ellas es particularmente relevante a los efectos de este trabajo el párrafo b) sobre la protección de la salud y la vida de las personas²⁵. Habida cuenta de

En el portal de la OMC, está disponible un trabajo, con fines puramente divulgativos, sobre el sistema multilateral de comercio: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO *Entender la OMC* (Ginebra: Organización Mundial del Comercio) (3ª ed.: 2005) p. 43. El trabajo está disponible en el portal de la OMC, en la sección "Sobre la OMC", en la dirección <http://www.wto.org> (30/10/2007).

24. La cursiva es del autor.

25. Otro ámbito de capital importancia para la aplicación de las excepciones del art. XX es el de la protección del medio ambiente. Sobre la acción de la OMC en materia de medio ambiente puede verse SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L., *La OMC y la protección del medio ambiente. Aspectos jurídicos*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2000; también FAJARDO DEL CASTILLO, T., "El sistema de solución de controversias de la OMC y el medioambiente", en FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. (coord.), *Globalización y comercio internacional*, BOE/ Universidad de Jaén/ AEPDIRI, Madrid, 2005, pp. 131-145.

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

que las medidas de control del tabaco pueden restringir el comercio internacional de diferentes modos, la comprensión de este precepto es esencial a la hora de diseñar dichas medidas y asegurar su plena compatibilidad con el Derecho de la OMC. La excepción b) del artículo XX ha sido examinada en el marco del antiguo GATT y de la OMC en diferentes controversias que se han suscitado sobre su aplicación e interpretación ante el mecanismo de solución de controversias de ambas organizaciones.

2. *El Acuerdo sobre los Obstáculos Técnicos al Comercio (AOTC)*

Las normas y las reglamentaciones técnicas sobre los productos o los procesos relacionados con los productos, incluido el empaquetado y el etiquetado, así como las medidas de *marketing*, los procedimientos de conformidad –que acreditan que un producto cumple con las exigencias del Estado importador– y los procedimientos de certificación de dicha conformidad varían de un Estado a otro y pueden constituir un obstáculo al comercio si son utilizadas como una herramienta proteccionista al servicio de los productores de bienes nacionales. El AOTC pretende alentar la elaboración de normas internacionales y de sistemas internacionales de evaluación de la conformidad, pero también persigue asegurar que los reglamentos técnicos y normas, incluidos los requisitos de envase y embalaje, marcado y etiquetado, y los procedimientos de evaluación de la conformidad con los reglamentos técnicos y las normas, no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional.

El Acuerdo autoriza a los Estados miembros de la OMC a adoptar la legislación y las reglamentaciones técnicas *contrarias al propio Acuerdo* siempre y cuando sean razonablemente necesarias para alcanzar los propósitos vinculados a la protección de los consumidores, animales, plantas y medio ambiente. También están facultados para adoptar las medidas necesarias para hacer cumplir esas normas y reglamentaciones. Las normas y reglamentaciones que se amparen en la excepción deben cumplir dos requisitos: de un lado, no deben ser más restrictivas, en el plano comercial, de lo necesario para alcanzar un objetivo de salud pública o similar²⁶. Es decir, los Estados que han

26. De conformidad con su artículo 2.2, cuyo tenor es el siguiente:

“Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcan-

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

adoptado normas y reglamentaciones técnicas deben demostrar, en caso de controversia, que no existe otra vía para alcanzar su objetivo que interfiera menos en el comercio internacional. De otro lado, los Estados que deseen dotarse de dichas normas y reglamentaciones técnicas en un ámbito específico están obligados a tomar como referencia las normas y estándares internacionales existentes o cuya adopción sea inminente²⁷.

El Acuerdo es aplicable a todos los productos y es plenamente relevante a los efectos del empaquetado y etiquetado de los productos del tabaco. En ese sentido, el Acuerdo ya ha sido invocado en alguna ocasión por las empresas tabacaleras para hacer frente a las medidas de control del tabaco²⁸.

El Acuerdo es perfectamente compatible con la adopción de medidas públicas de control del tabaco puesto que, como ya se ha expuesto, admite las reglamentaciones técnicas y los estándares restrictivos al comercio que persigan la protección de un interés legítimo, como la salud pública. Este tipo de medidas, excepcionales en el marco del Acuerdo, deben además estar basa-

zar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: (...) la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente.

Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos”.

27. “While the TBT Agreement strongly encourages the use of international standards, Members may depart from them if they consider that their application would be ineffective or inappropriate for the fulfilment of certain legitimate objectives. If a Member considers certain WHO standards appropriate to be adopted as national standards or technical regulations, it should use them. Nevertheless, Members are free to set standards at a level they consider appropriate, but have to be able to justify their decisions if requested by another Member to do so. The Agreement also calls upon Members to play an active role in the process of international standardisation, particularly for any product for which it is developing a national requirement”. *Vide* WORLD TRADE ORGANIZATION & WORLD HEALTH ORGANIZATION *WTO Agreements & Public Health. A Joint Study...*, *supra* nota 6, pp. 33-34.

28. En particular, la compañía *Philip Morris* argumentó que la prohibición canadiense de emplear los términos *light* y *mild* en las cajetillas de tabaco, para evitar que los consumidores creyeran que los cigarrillos *light* o *mild* son más saludables que los cigarrillos comunes, constituía una violación del Acuerdo. En opinión de la tabacalera, el gobierno canadiense no podía prohibir la importación de tabaco que contuviera dichos descriptores en el etiquetado. La compañía argumentaba que dicha prohibición no constituía la medida disponible menos restrictiva en el plano comercial. Es decir, de acuerdo con la empresa, la prohibición canadiense constituía un obstáculo técnico al comercio puesto que existían medidas regulatorias alternativas a la pura prohibición. *Vide* WEISSMAN, R., *International trade agreements and tobacco control: threats to public health and the case for excluding tobacco from trade agreements* (2003), p. 13. El trabajo está disponible en Internet en el portal de la organización no gubernamental *Essential Action*, en la dirección [www] <http://www.essentialaction.org/tobacco/trade/tobacco.trade.v02.backgrd.pdf> (30/10/2007).

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

das en evidencias científicas²⁹. En el ámbito del control del tabaco, esta exigencia no debería ser en absoluto controvertida ya que los devastadores efectos del tabaco y sus productos sobre la salud de las personas han sido ampliamente contrastados por numerosas instituciones sanitarias, y en particular por la OMS.

3. *El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (AADPIRC)*

El Derecho de la OMC y ciertos acuerdos comerciales regionales y bilaterales imponen a sus miembros la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial. En particular, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (AADPIRC)³⁰ contiene las normas de la OMC en esta materia.

En el ámbito de las marcas comerciales, el Acuerdo estipula que cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas podrá constituir una marca de fábrica o de comercio (art. 15.1) y confiere unos derechos al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada que “gozará del derecho exclusivo de impedir que cualesquiera terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión” (art. 16.1).

Además, las personas físicas y jurídicas tendrán derecho a que la información no divulgada y los datos sometidos a las autoridades públicas no sean difundidos siempre y cuando (1) dicha información o datos sean secretos, en el sentido de que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; (2) tenga un valor comercial por ser secreta y (3) haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta (art. 39.2).

29. Esta exigencia ha desarmado, en ocasiones, los intentos de ciertos Estados de aplicar medidas restrictivas para el comercio dirigidas a la protección del medio ambiente que han sido declaradas contrarias al Acuerdo al no estar fundamentado el riesgo ambiental en una evidencia científica.

30. Conocido como el Acuerdo TRIPS, por las siglas de su nombre en inglés.

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

El Acuerdo incorpora también una disposición, el artículo 8, sobre las medidas necesarias que pueden adoptar los Estados miembros para proteger un interés como la salud pública:

Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.

En ocasiones, las empresas tabacaleras han invocado las disposiciones de los convenios internacionales en materia de propiedad intelectual e industrial para tratar de evitar las medidas nacionales de control del tabaco. En concreto, las empresas han argumentado que los requisitos del “empaquetado simple”, e incluso la exigencia de incluir avisos sobre los riesgos a la salud de gran tamaño en las cajetillas, estorban las marcas comerciales y menoscaban el propósito de las mismas que consiste en contribuir a diferenciar un producto de una compañía frente a los productos de las restantes³¹.

31. En ese sentido, en 1994 Canadá consideró imponer el empaquetado simple a las cajetillas de cigarrillos. Las empresas *RJ Reynolds* y *Phillip Morris* encargaron un dictamen sobre la cuestión. En el dictamen se concluía que:

“[A] plain packaging proposal would infringe the trademark rights of foreign investors who own or control the trademarks on cigarettes sold in Canada, in violation of the Government of Canada’s obligations under: 1) the Paris Convention for the Protection of Industrial Property; 2) the North American Free Trade Agreement (‘NAFTA’); and 3) the Uruguay Round Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods (‘TRIPS’) contained in the recently signed Final Act embodying the results of the Uruguay Round Multilateral Trade Negotiations”. Carla Hills, autora del dictamen, argumentaba, en el marco del NAFTA, que: “[t]he proposal would seriously diminish the integrity of the trademark and substantially degrade the value of the distinctive packaging, or trade dress, in which the companies have invested heavily over the years. Therefore the proposal would deny adequate and effective protection to basic trademark intellectual property rights in violation of NAFTA Article 1701”.

En relación con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio se aducían similares argumentos:

“The plain packaging requirement violates TRIPS Articles 16 and 20. Plain packaging for all cigarettes would result in exactly the type of confusion proscribed by paragraph (1) of Article 16 of the Agreement, since the appearance of the products would be substantially similar regardless of the manufacturer. Plain packaging would also be a special requirement which would unjustifiably encumber the use of a trademark in violation of Article 20 in absence of evidence that such measure was justified”. *Citado por* WEISSMAN, R., *International trade agreements...*, *supra* nota 28, pp. 9-10.

Las compañías *British American Tobacco (Investments) Ltd* e *Imperial Tobacco* impulsaron una cuestión prejudicial sobre la directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Con-

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

Por otro lado, las empresas han alegado también que la prohibición del uso de los términos “light”, “mild” o “low”, o expresiones similares, infringe sus derechos de propiedad intelectual sobre las marcas comerciales, ya que dichos términos están incluidos en los nombres de los cigarrillos³².

sejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DO L 194, p. 26) alegando que la exigencia de incluir avisos de gran tamaño en las cajetillas violaba su derecho al uso de la marca. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 10 de diciembre de 2002 rechazó dichos argumentos:

“De los apartados 131 y 132 de la presente sentencia resulta que el artículo 5 de la Directiva tiene por único efecto limitar el derecho de los fabricantes de productos del tabaco a utilizar el espacio de algunas de las caras de los paquetes de cigarrillos o de las unidades de envasado de tales productos para colocar en él sus marcas, sin menoscabar la esencia de su derecho de marca, efecto con el que se pretende garantizar un nivel elevado de protección de la salud en la supresión de las trabas derivadas de las legislaciones nacionales en materia de etiquetado. El artículo 5 de la Directiva constituye, a la luz de este análisis, una restricción proporcionada al ejercicio del derecho de propiedad, compatible con la protección que confiere a éste el Derecho comunitario”. *Vide The Queen v. Secretary of State for Health (ex parte: British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd; con intervención de: Japan Tobacco Inc. and JT International SA), 2002, Caso C-491/01, Parágrafo 150.*

32. En el 2001 Canadá introdujo cambios en su legislación para prohibir la utilización de los términos *mild* y *light* en el empaquetado de tabaco. El gobierno canadiense tomó dicha medida porque los especialistas en salud pública entendían que dichos términos creaban confusión entre los consumidores. Un tercio de los fumadores de cigarrillos *light* o *mild* escogían dichos productos por razones de salud, es decir, precisamente a causa de su menor cantidad de nicotina. No obstante, se ha confirmado que los cigarrillos *light* o *mild* no son menos dañinos ya que los fumadores compensan la inhalación de una menor cantidad de nicotina inhalando profundamente el humo del tabaco. La compañía *Philip Morris* acordó que efectivamente no se había confirmado la menor lesividad de esta clase de cigarros, pero defendió su derecho a seguir utilizando los términos ya que comunican a los consumidores las diferencias de sabor entre los cigarros. La prohibición de dichos productos implicaría, en opinión de la tabacalera, una violación del Derecho de la OMC, en particular del art. 20 del AADPIRC, que indica que:

“No se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales, como por ejemplo el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas”.

En ese sentido, la empresa aducía que la prohibición del uso de los términos descriptivos en las marcas comerciales violaba ese precepto ya que constituía una “exigencia especial” que menoscabaría la capacidad de la marca para distinguir los cigarrillos normales, con más sabor, de los cigarrillos suaves de la misma compañía. La empresa declaró que términos descriptivos, como *lights*, eran una parte integrante de sus marcas de comercio registradas. *Citado por WEISSMAN, R., International trade agreements..., supra nota 28, p. 11.*

En una cuestión prejudicial sobre la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DO L 194, p. 26), *supra* nota 31, las compañías tabacaleras

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

En definitiva, el AADPIRC podría ser utilizado en ciertos casos para menoscabar las disposiciones del CMCT que puedan incidir en su ámbito de aplicación, pero en la Unión Europea las principales objeciones suscitadas por las compañías tabacaleras en el ámbito de este Acuerdo han sido rechazadas por el Tribunal de Justicia³³.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA

El sistema multilateral de comercio se asienta en un principio fundamental, como es el principio de no discriminación. Dicho principio estructural de la OMC, que se manifiesta en la cláusula de la nación más favorecida y en el principio del trato nacional, prohíbe, en general, el trato discriminato-

también alegaron que la prohibición recogida en el art. 7 de la Directiva de hacer uso de los elementos descriptivos, es decir, “textos, nombres, marcas e imágenes u otros signos que den la impresión de que un determinado producto del tabaco es menos nocivo que otros” es nula ya que dichos elementos forman parte integrante de sus marcas comerciales y dicha prohibición viola los derechos de propiedad intelectual. El Tribunal rechazó dichas alegaciones argumentando que:

“151. Procede recordar que, como se deriva de los apartados 134 a 141 de la presente sentencia, el artículo 7 de la Directiva pretende garantizar, conforme al principio de proporcionalidad, un nivel elevado de protección de la salud en la armonización de las disposiciones aplicables a la descripción de los productos del tabaco.

152. Si bien dicho artículo establece la prohibición, limitada al embalaje de los productos del tabaco, de que se utilice una marca que contenga alguno de los elementos descriptivos que contempla, los fabricantes de productos del tabaco pueden continuar, pese a la supresión de dicho elemento descriptivo del embalaje, individualizando sus productos mediante otros signos distintivos. Además, la Directiva fija un plazo suficiente entre su adopción y el inicio de la aplicación de la prohibición que figura en su artículo 7.

153. Habida cuenta de lo anterior, debe considerarse que las restricciones al derecho de marca que pueden derivarse del artículo 7 de la Directiva responden efectivamente a un objetivo de interés general perseguido por la Comunidad y no constituyen, con respecto al fin deseado, una intervención desmesurada e intolerable que menoscabe la propia esencia del mencionado derecho”. *Vide The Queen v. Secretary of State for Health (ex parte: British American Tobacco (Investments)Ltd e Imperial Tobacco Ltd; con la intervención de: Japan Tobacco Inc. and JT International SA)*, 2002, *Case C-491/01*, Parágrafos 151-153.

33. Desde la perspectiva opuesta, hay que llamar la atención sobre el hecho de que la aplicación estricta del AADPIRC, por parte, fundamentalmente, de los Estados en desarrollo puede coadyuvar no sólo a la lucha contra el contrabando de productos del tabaco, sino también a la lucha contra el comercio de cigarrillos ilegales y otros productos de tabaco, que no están sometidos al control de las autoridades y cuyos ingredientes son más perjudiciales para la salud que los productos o cigarrillos “legales”. Es decir, la protección de las marcas de comercio implica que los Estados deben combatir, en aplicación del AADPIRC, el contrabando de productos de tabaco y en particular el comercio de cigarrillos ilícitos. En este caso, excepcionalmente, los compromisos que derivan de un acuerdo de libre comercio contribuyen al control del tabaco.

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

rio a los productos importados de Estados miembros, de un lado, y el trato discriminatorio de los productos importados, una vez en un mercado nacional, a favor de los productos nacionales. No obstante, los acuerdos de la OMC permiten ciertas excepciones a dichos principios, en particular, en caso de protección de la salud humana. La interpretación de los preceptos mencionados y el alcance de las excepciones que consagran dichas disposiciones ha generado controversias entre las Partes en el GATT, en su momento, y entre los Estados miembros de la OMC en la actualidad. Dichas controversias han dado lugar a una *jurisprudencia* de gran valor para la comprensión de los principios mencionados y, fundamentalmente, de los criterios para asegurar la aplicación conforme a Derecho de las excepciones contempladas³⁴.

1. El caso de los cigarrillos tailandeses

En 1966, el gobierno del Reino de Tailandia aprobó una ley sobre tabaco que prohibía la importación de tabaco sin licencias³⁵. Los Estados Unidos llevaron el caso al mecanismo de solución de diferencias del GATT alegando que dicha medida era contraria al art. XI:1 del GATT sobre la prohibición de restricciones cuantitativas y argumentó que la excepción del art. XX (b) no era aplicable. El gobierno tailandés replicó que este último precepto era plenamente aplicable puesto que la prohibición de cigarrillos era un objetivo le-

34. Existe una nutrida literatura, sobre todo en lengua inglesa, sobre el mecanismo de solución de controversias del GATT y de la OMC. Podemos mencionar la sección sobre este tema en la obra colectiva FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. (coord.), *Globalización y comercio internacional*, BOE/Universidad de Jaén/AEPDIRI, Madrid, 2005; MONTAÑA MORA, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; también la obra ZAPATEIRO, P., *Derecho del comercio global*, Civitas, Madrid, 2003; BOU FRANCH, V., “El mecanismo de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio”, en BOU FRANCH, V., *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 281-325. Sobre algunos de los casos examinados puede verse ESTEVE GARCÍA, F. (coord.) *La Unión Europea y el comercio internacional: límites al libre comercio*, Universitat de Girona, Girona, 2001, pp. 11-154.

Sobre las decisiones relacionadas con el control del tabaco puede verse ECKHARDT, J.N., “Balancing interests in free trade and health: how the who’s framework convention on tobacco control can withstand wto scrutiny”, *Duke Journal of Comparative & International Law* [vol 12] pp. 205-214. el trabajo está disponible en la página web de la *Duke University* en la dirección [www] <http://www.law.duke.edu/journals/djcil/djciltoc12n1.htm> (30/10/2007).

35. *Vide Tailandia. Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos. Informe del Grupo Especial adoptado el 7 de noviembre de 1990* (DS10/R-37S/222), disponible en el portal de la OMC, en la dirección [www] http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dspu_s/gt47ds_s.htm (30/10/2007).

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

gítimo de su política de salud pública. El grupo del GATT encargado de la controversia, de acuerdo con la posición de la OMS³⁶, admitió que fumar constituía un serio riesgo para la salud humana y que en consecuencia, las medidas dirigidas a reducir el consumo de cigarrillos estaban cubiertas por el ámbito del art. XX(b)³⁷. No obstante, el grupo subrayó que el art. XX(b) exige que la medida sea “necesaria” y una medida para proteger la salud no puede ser considerada como “necesaria” si puede ser aplicada una medida alternativa “razonable” que no sea contraria a los principios sobre libre comercio internacional³⁸. El grupo sugirió un medio alternativo para reducir el consumo de cigarrillos basado en las recomendaciones de la OMS, a saber, la prohibición de sustancias dañinas o la prohibición de la publicidad de tabaco fabricado por empresas extranjeras y por empresas tailandesas. En definitiva, se resolvió la controversia a favor de los Estados Unidos en parte a causa de que las medidas tailandesas para reducir el consumo de cigarrillos no eran coherentes con la noción de “medidas necesarias” consagrada en el art. XX(b) del GATT.

El grupo reconoció que las medidas para proteger la salud a través del control del tabaco están cubiertas por el art. XX (b) del GATT y que es posible la adopción de medidas de control sobre el tabaco nacional y el importado que sean compatibles con el GATT. El arreglo de la controversia implica que los Estados miembros de la OMC pueden dotarse de una legislación estricta en materia de control del tabaco siempre y cuando dichas medidas estén dirigidas a la protección de la salud y no discriminen entre los productos del tabaco nacionales y los importados. Por ejemplo, el Reino de Tailandia mantuvo su prohibición sobre la publicidad del tabaco y adoptó otras medidas de control estricto. Las medidas públicas de control del tabaco, incluyendo, por ejemplo, los incrementos de los impuestos o la prohibición de publicidad, son plenamente compatibles con el GATT en la medida en que no impliquen una discriminación entre productos nacionales e importados³⁹.

En definitiva, “[m]any commentators have in fact concluded that the Thai Cigarettes case is a victory for public health. It implies the WTO recog-

36. *Ibid.*, párr. 50.

37. *Ibid.*, párr. 73.

38. *Ibid.*, párr. 74.

39. Vide ONZIVU, W., “International Legal and Policy Framework for WHO”, en *The WHO International Conference on Global Tobacco Control Law: Towards a WHO Framework Convention on Tobacco Control, 7 to 9 January 2000, New Delhi, India*, WHO, Geneva, 2000, pp. 8 y 9. Este trabajo está disponible en el portal de Internet de la Organización Mundial de la Salud en la dirección [www] <http://www.who.int/tobacco/media/en/ONZIVU2000X.pdf> (30/10/2007).

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

dition of the need to inculcate public health protection goals into international trade. Thailand's response in adopting and enforcing strong multifaceted restrictive legislation is a model of what countries can do when faced with invasion by multinational companies and their advertising⁴⁰.

2. *El caso de las medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (hormonas)*

En 1997 surgió una controversia entre los EE.UU., Canadá y la Comunidad Europea relativa a la prohibición comunitaria de la importación y la venta de carne, de origen comunitario o importada, que se hubiera obtenido de animales de granja tratados con hormonas. El Órgano de Solución de Diferencias y el Órgano de Apelación de la OMC aplicaron el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, puesto que se trataba de una diferencia sobre alimentos. Aunque la aplicación de este Acuerdo a los productos del tabaco no es viable ya que los productos del tabaco no son alimentos ni organismos que causen enfermedades, el análisis realizado por los órganos de la OMC sobre la evidencia científica y su posición sobre las medidas restrictivas del comercio para la protección de la salud humana son de gran interés.

El Órgano de Apelación⁴¹ resolvió que la Comunidad Europea había incumplido el art. 5.1 del Acuerdo, cuyo tenor es el siguiente:

Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes.

Paradójicamente, la posición del Órgano refuerza indudablemente la aplicación estricta del CMCT ya que los art. 5.1 y 2.2 de este Acuerdo⁴² com-

40. *Ibid.*, pp. 9.

41. Vide ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Informe del Órgano de Apelación sobre Comunidades Europeas. Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (98-0099), AB-1997-4 (16 de enero de 1998), disponible en el portal de la OMC, en la dirección http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds26_s.htm (30/01/2007).

42. “Art. 2.2 Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes (...)”.

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

parten una misma filosofía con el art. XX(b) del GATT. En ese sentido, la condición de que las medidas deben estar fundamentadas en principios científicos no es una condición que amenace la efectividad del CMCT, sino un verdadero refuerzo del mismo, puesto que los resultados de las investigaciones médicas son concluyentes y no dejan lugar a dudas acerca de los riesgos del consumo de tabaco para la salud de los fumadores y de las personas de su entorno. Estas conclusiones están avaladas por la propia OMS y numerosos grupos de investigación de centros públicos y privados de prestigio. En consecuencia, en el ámbito del control del tabaco, los principios y las pruebas satisfacen ampliamente el requisito de la base científica suficiente⁴³.

3. *El caso de las medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*

La OMC tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre medidas sanitarias que, constituyendo una discriminación en materia de comercio, pudieran estar permitidas excepcionalmente en tanto que “necesarias” y “justificadas”, según el art. XX (b) del GATT en el caso relativo a la prohibición francesa del amianto y de los productos que contienen amianto. La controversia se originó en 1996 a raíz de la aprobación por el gobierno francés de un decreto que prohibía la manufactura, procesamiento, venta e importación de amianto y de productos que contuvieran amianto con vistas a proteger la salud y la vida de los trabajadores y los consumidores⁴⁴. La Comunidad Europea, en representación de Francia, defendió la medida. El grupo a cargo de la controversia, en el seno de la OMC, declaró que la medida violaba el art. III.4 del GATT, relativo al trato nacional, pero reconoció la validez de la prohibición sobre la base del art. XX(b) del GATT. Concluyó que una medida que se acogiera al art. XX(b) podía violar el art. III sobre el trato nacional⁴⁵ y reconoció

43. En definitiva, la decisión del grupo en el caso que nos ocupa sobre la relevancia de las evidencias científicas proporcionadas por las organizaciones internacionales, la validez de las evaluaciones del riesgo objetivas y el hecho de que las medidas sobre salud pública que pueden adoptar los Estados deben estar basadas en las investigaciones científicas más sólidas apoyan la aplicación efectiva del CMCT.

44. Vide ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Informe del Grupo Especial sobre Comunidades Europeas. Medidas que afectan al amianto y a los productos que afectan al amianto WT/DS135/R (00-3353) (18 de septiembre de 2000)*, párr. 2.3-2.5. Está disponible en el portal de la OMC, en la dirección [www] http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds135_s.htm (30/10/2007).

45. *Ibid.*, párr. 9.1.

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

el derecho de la República Francesa a mantener la prohibición. El Órgano de Apelación de la OMC, en su informe, confirmó la decisión del grupo⁴⁶ y anuló una parte del informe del grupo que beneficiaba a la parte contraria, Canadá.

El grupo examinó cuatro aspectos fundamentales del art. XX(b). En primer lugar, si el decreto estaba orientado a “proteger la salud y la vida de las personas”; en segundo lugar, si el decreto era necesario; en tercer lugar, si era un “medio de discriminación arbitrario o injustificable”, y, finalmente, si era “una restricción encubierta al comercio internacional”. Sobre el primer aspecto, Canadá arguyó que no existía una evidencia científica suficiente para afirmar que el tipo de productos de amianto que las empresas canadienses manufacturaban constituyeran un riesgo para la salud humana⁴⁷. No obstante, el grupo resolvió la controversia a favor de Francia indicando que “a decision-maker responsible for taking public health measures might reasonably conclude that [asbestos-containing products] posed a risk...”⁴⁸. En relación con el segundo aspecto, el grupo juzgó que el decreto era necesario, incluso si era posible manipular con seguridad los productos canadienses que contenían amianto con seguridad ya que los responsables de la salud pública pueden albergar dudas razonables sobre si la manipulación de los productos es realmente segura⁴⁹.

Respecto del tercer elemento, el grupo concluyó que no existía discriminación ya que las medidas controvertidas se aplicaban a los productores locales y a los extranjeros. Sobre el cuarto aspecto, si el decreto era una “restricción encubierta al comercio”, el grupo entendió que la ausencia de discriminación implicaba que no era necesario el análisis de este punto. El grupo denegó las pretensiones canadienses y subrayó que numerosos Estados desarrollados habían reconocido los riesgos derivados del amianto y habían aprobado la correspondiente legislación restrictiva sobre los mismos. Por ello mismo, Canadá podría haber previsto razonablemente que Francia haría lo mismo⁵⁰.

46. Vide ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Informe del Órgano de Apelación sobre Comunidades Europeas. Medidas que afectan al amianto y a los productos que afectan al amianto* WT/DS135/AB/R (01-1157), AB-2000-11 (12 de marzo de 2001), párr. 192; disponible en el portal de la OMC, en la dirección [www] http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds135_s.htm (30/10/2007).

47. *Ibid.*, párr. 3.323.

48. *Ibid.*, párr. 193.

49. *Ibid.*, párr. 8.211.

50. *Ibid.*, párr. 8.303.

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

En la fase de apelación Canadá alegó que Francia debía cuantificar el riesgo que derivaba de dichos productos, así como que el nivel de protección perseguido en el decreto francés era irrazonable y probablemente inalcanzable ya que, en opinión de Canadá, los productos alternativos también suponían un riesgo para la salud humana. El Órgano de Apelación rechazó las pretensiones de Canadá y afirmó que no existía una exigencia general de cuantificar un riesgo para la salud con vistas a probar que una medida era necesaria⁵¹. También descartó la alegación canadiense relativa a que el nivel de protección que el decreto perseguía era cuestionable, afirmando que “WTO Members have the right to determine the level of protection of health that they consider appropriate in a given situation”⁵².

Acerca de la afirmación de que Francia tenía a su disposición otras alternativas a la prohibición del amianto, el Órgano de Apelación confirmó que una medida no superaría la prueba de conformidad con el GATT si existiera otra medida alternativa compatible. No obstante, el Órgano entendió que no se podía esperar que Francia recurriera a *cualquier* medida alternativa si esta otra medida alternativa disponible implicara también la existencia del riesgo que el Decreto impugnado pretendía combatir. La adopción de esa medida alternativa impediría que Francia alcanzara el nivel de protección de la salud que había adoptado⁵³.

Por otro lado, el Órgano defendió que el juicio sobre si una medida es necesaria vendrá determinado por la importancia y valor del interés protegido por una medida nacional⁵⁴. En ese sentido, el Órgano de Apelación ha indicado en varias ocasiones que:

“Cuanto más vitales o importantes sean esos intereses o valores comunes”, más fácil será aceptar como “necesarias” unas medidas encaminadas a lograr esos objetivos⁵⁵. En el asunto que se examina, el objetivo que se persigue con la medida es proteger la vida y la salud de las personas mediante la eliminación o reducción de los riesgos conocidos que entrañan para la salud y la vida

51. Vide ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Informe del Órgano de Apelación sobre Comunidades Europeas. Medidas que afectan al amianto* WT/DS135/AB/R (01-1157), AB-2000-11 (12 de marzo de 2001), párr. 169-174; disponible en el portal de la OMC, en la dirección [www] http://www.wto.org/spanish/tratop_ds/ds135/cases_s/ds135_s.htm (30/01/2007).

52. *Ibid.*, párr. 168.

53. *Ibid.*, párr. 174.

54. *Ibid.*, párr. 172.

55. *Ibid.*, párr. 162.

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

de las personas las fibras de amianto. El objetivo perseguido es vital y de la máxima importancia⁵⁶.

IV. EL CONVENIO MARCO SOBRE EL CONTROL DEL TABACO (CMCT)

1. *Un nuevo enfoque*

El CMCT es una iniciativa pionera, que consagra un enfoque amplio y novedoso, por diferentes razones, en la lucha contra el tabaquismo. En primer lugar, el mero hecho de abordar esta epidemia en un convenio internacional implica un cambio cualitativo respecto de las restantes iniciativas internacionales, que han sido aprobadas en instrumentos sin fuerza jurídica obligatoria y muestra el firme consenso de la comunidad internacional en iniciar una nueva fase en la lucha mundial contra el tabaquismo.

En segundo lugar, este enfoque se caracteriza por asumir una filosofía o perspectiva “integral”, abordando los diferentes problemas que derivan del tabaquismo y los aspectos que integran la lucha contra el mismo, incluyendo medidas sobre la publicidad y el etiquetado, el comercio ilícito, o la sensibilización de los consumidores, entre otras⁵⁷.

En tercer lugar, el CMCT vincula la lucha contra el tabaquismo y los derechos humanos, asociando dicha lucha a la protección del derecho a la salud⁵⁸.

56. *Ibid.*, párr. 172 (citando el documento ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Informe del Órgano de Apelación sobre Corea. Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (00-5347), AB-2000-8 (10 de enero de 2001), párr. 166 y 163; disponible en el portal de la OMC, en la dirección [www] http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds135_s.htm (30/10/2007).

57. En el ámbito internacional, dicha perspectiva integrada pasa necesariamente por ofrecer una solución a los Estados en desarrollo y con economías en transición que dependan en mayor medida del cultivo del tabaco y, en particular, por asegurar a los pequeños cultivadores de tabaco las ayudas adecuadas para realizar una transición de la producción agrícola del tabaco hacia cultivos alternativos.

58. Efectivamente, en su preámbulo se recuerda el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, en el que se proclama que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el preámbulo de la Constitución de la OMS en el que se declara que dicho goce del grado máximo de salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

En cuarto lugar, las medidas que las Partes contratantes en el CMCT deben aprobar deben encuadrarse en las estrategias internacionales y nacionales para el desarrollo sostenible⁵⁹.

2. *Las disposiciones generales del Convenio Marco*

El objetivo del CMCT⁶⁰ y sus protocolos es reducir de modo continuo y sustancial el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco para proteger a los seres humanos de sus efectos perniciosos, que las investigaciones biomédicas han confirmado inequívocamente.

El Convenio consagra en su artículo 4 una serie de principios básicos que deben guiar a las Partes para alcanzar los objetivos del mismo, a saber: (1) el suministro de información a todos los ciudadanos sobre las consecuencias sanitarias, la naturaleza adictiva y la amenaza mortal del consumo de tabaco y de la exposición a su humo; (2) la adopción de medidas legislativas, ejecutivas, administrativas nacionales y medidas internacionales para la protección de todas las personas frente al humo de tabaco; (3) asimismo la adopción de medidas en todos los niveles para reducir el consumo de tabaco; (4) para prevenir el inicio y (5) para promover y apoyar el abandono del consumo de tabaco; (6) también se subraya la necesidad de la cooperación internacional; (7) la relevancia de abordar la cuestión de la responsabilidad; la (8) importancia de apoyar la transición económica de los cultivadores y trabajadores seriamente afectados por los programas de control del tabaco, en los Estados en desarrollo y en los Estados con economías en transición y la (9) participación de la sociedad civil.

En el artículo 5 se especifican las obligaciones generales de las Partes contratantes. La obligación básica consiste en elaborar un plan, estrategia o programa nacional multisectorial e integral para el control del tabaco, en aplicación

59. En particular, el CMCT alude en ese sentido a las medidas sobre la protección del medio ambiente en relación con el cultivo de tabaco y la fabricación de productos de tabaco (art. 18) y las medidas que se adopten para apoyar la transición económicamente viable y ambientalmente sostenible de los cultivadores de tabaco y otros trabajadores hacia medios o cultivos alternativos (art. 17).

60. “*Artículo 3. Objetivo.* 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”.

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

del CMCT y sus protocolos. Además cada Parte debe establecer un mecanismo coordinador nacional o un centro de coordinación para el control del tabaco y se compromete a adoptar medidas eficaces para prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco, así como a cooperar en el plano internacional para la aplicación del CMCT.

3. *Las disposiciones particulares del Convenio Marco*

En el CMCT se abordan diversos frentes de acción para prevenir el inicio y reducir el consumo fundamentalmente. Algunas de las medidas previstas incluyen obligaciones específicas y muy precisas cuya compatibilidad con los acuerdos de la OMC no plantea *a priori* problemas:

a. El Convenio impone a las Partes la obligación de adoptar medidas para la protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, si procede, en otros lugares públicos (art. 8)⁶¹.

b. El Convenio también incorpora una serie de medidas para prohibir la venta a menores de edad y, en todo caso, a menores de 18 años. La prevención del inicio en el consumo del tabaco es una de las prioridades del CMCT y, por ello mismo, las disposiciones aplicables son muy detalladas (art. 16) e incluyen medidas como prohibir la venta de cigarrillos sueltos o en paquetes pequeños, más asequibles para los menores de edad; prohibir la distribución gratuita de productos de tabaco al público, especialmente a menores; garantizar que las máquinas expendedoras de tabaco no sean accesibles a los menores, entre otras. Precisamente sobre esta cuestión, el Convenio anima a las Partes a prohibir las máquinas expendedoras de tabaco⁶².

61. La exposición al humo del tabaco constituye un riesgo cierto y grave para la salud de las personas. En particular, en los niños dicha exposición puede provocar enfermedades respiratorias, ataques de asma o el síndrome de muerte súbita del recién nacido. Los efectos nocivos de la exposición han sido confirmados irrefutablemente.

62. Todas estas medidas son de una enorme importancia, ya que las empresas tabacaleras están especialmente interesadas en captar como fumadores a los niños y los adolescentes. Raramente un adulto cae en el tabaquismo. Pero cuanto más temprana sea la edad de inicio en el consumo de tabaco, más dependientes serán estos fumadores noveles.

63. Dichas alternativas deben adoptarse en el marco de las estrategias nacionales de desarrollo sostenible y deben incluir la diversificación de cultivos (art. 26.3). La Conferencia de las Partes, en su primera reunión, en virtud de la resolución FCTC/COP1 (17), estableció un grupo de estudio especial sobre cultivos alternativos. La resolución y el primer informe del grupo, presentado en la segunda reunión, están disponible en el portal de la OMS, en ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD [www] http://www.who.int/gb/fctc/E/E_Frame.html (30/10/2007).

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

c. Las Partes son plenamente conscientes de los efectos sociales y económicos que pueden tener los programas y medidas de control del tabaco y por ello, en el artículo 17 se comprometen a la promoción de alternativas económicamente viables para los trabajadores, los cultivadores y, en su caso, los pequeños vendedores de tabaco⁶³.

d. En materia de difusión de la información sobre los efectos del tabaco y sobre la concienciación de los ciudadanos hay que destacar el artículo 12, referido a la educación y sensibilización del público sobre los riesgos para la salud que derivan de los productos del tabaco. Este precepto se completa con la previsión sobre la adopción de medidas eficaces para promover el abandono del consumo de tabaco y el tratamiento adecuado de la dependencia del tabaco (art. 14).

e. El artículo 19 aborda la cuestión de la responsabilidad de una manera lábil. En efecto, se limita a indicar que las Partes legislarán sobre la responsabilidad civil y penal, inclusive la compensación, en su caso, y cooperarán mediante el intercambio de información sobre la legislación y la jurisprudencia pertinentes y mediante la prestación de ayuda recíproca en los procedimientos judiciales sobre responsabilidad civil y penal.

f. El CMCT también incluye una serie de disposiciones (arts. 20 y 22) sobre el fomento de la investigación nacional e internacional sobre el control del tabaco, el intercambio de información científica, técnica, socioeconómica, comercial y jurídica de dominio público y la cooperación entre las Partes en la esfera científica y técnica, y jurídica⁶⁴.

4. *Los mecanismos del Convenio Marco*

Las disposiciones sobre la estructura institucional y financiera, el arreglo de controversias y el desarrollo del convenio son poco novedosas. Se establece una secretaría permanente, a cargo de la OMS, y una Conferencia de las Partes, como órgano supremo del CMCT, habilitada para establecer los órganos subsidiarios necesarios y para crear, en su caso, un fondo mundial voluntario encargado de canalizar recursos financieros adicionales con vistas

64. Esta cooperación científica y técnica incluye la transferencia de tecnología, aunque el CMCT guarda silencio sobre los obstáculos para la transferencia que derivan de los derechos de propiedad industrial sobre dichos conocimientos y tecnologías, y se limita a indicar que dicha transferencia podrá garantizarse con los fondos que el mecanismo financiero del Convenio canalice.

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

a apoyar a los Estados en desarrollo y en transición a alcanzar los objetivos del CMCT⁶⁵.

Por otro lado, cabe añadir que están prohibidas las reservas al Convenio (art. 30) y que se prevé la adopción de protocolos al mismo (art. 33)⁶⁶.

V. EL CONVENIO MARCO SOBRE EL TABACO, LAS MEDIDAS DE CONTROL Y EL DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Durante las negociaciones del CMCT surgieron diferentes cuestiones sobre las disposiciones del mismo que incidían en el comercio internacional, entre otras, las relativas al contrabando y el comercio ilícito, la venta libre de impuestos en ciertos espacios, la armonización internacional en materia de impuestos y, especialmente, la cuestión del etiquetado y el envasado de los productos de tabaco. A lo largo de las negociaciones del proyecto de convenio se barajó la posibilidad de incorporar al mismo una disposición de carácter general en la que se subrayara que las medidas de control del tabaco no

65. De conformidad con el art. 23 del CMCT, la primera reunión de la Conferencia de las Partes, órgano supremo del CMCT, tuvo lugar en Ginebra, del 6 al 17 de febrero de 2006. Entre los asuntos del orden del día figuraron la adopción de su Reglamento interior; la designación de la secretaría permanente, que le correspondió a la Organización Mundial de la Salud, y la adopción de las disposiciones para su funcionamiento y el presupuesto para el período correspondiente a 2006-2007. Los participantes en la Conferencia también examinaron las fuentes y mecanismos existentes y potenciales de asistencia preparado por la Secretaría interina; los modelos para la presentación de informes; y los posibles protocolos y directrices de aplicación del tratado que sirviesen de base a las negociaciones ulteriores sobre la cuestión. La segunda reunión de la Conferencia de las Partes tuvo lugar en Bangkok, Tailandia, del 30 de junio al 6 de julio de 2007. La reunión adoptó las directrices sobre la exposición al humo de tabaco; estableció un grupo intergubernamental de negociación de un protocolo sobre comercio ilícito; inició la elaboración de las directrices sobre diferentes preceptos del CMCT, en particular, sobre etiquetado y empaquetado, publicidad y patrocinio y sobre interferencias de la industria del tabaco. La documentación de las reuniones está disponible en el portal de la OMS, en ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD [www] http://www.who.int/gb/ftc/E/E_Frame.html (30/10/2007). También hay disponible información adicional sobre las reuniones en el portal ALIANZA PARA EL CONVENIO MARCO http://www.ftc.org/x/iwg_cops/cop.php (30/10/2007).

66. En particular, el propio Convenio, en el artículo 13.8, exige que las Partes consideren la negociación de un protocolo sobre la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos. En virtud de la resolución FCTC/COP2(8), la Conferencia de las Partes, en la segunda reunión, estableció un grupo de expertos encargado de preparar los elementos de un protocolo sobre esas materias. Por otro lado, en la misma reunión, la Conferencia de las Partes decidió, en virtud de la resolución FCTC/COP2(12), la creación de un grupo intergubernamental de negociación de un protocolo sobre el comercio ilícito de tabaco.

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

deberían constituir un medio de discriminación arbitrario o injustificable⁶⁷. Finalmente, dicha disposición fue finalmente suprimida, pero el artículo 2 del CMCT declara que:

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

Aunque la intención de esta disposición es alentar a las Partes contratantes a que aprueben legislaciones nacionales más avanzadas y comprometidas que las que figuran en el propio CMCT, el precepto es plenamente aplicable a las relaciones entre el CMCT y los Acuerdos de la OMC y parece requerir, en ese sentido, que las medidas aprobadas en aplicación del CMCT deben ser coherentes con estos últimos. Algunas de estas medidas podrían ser consideradas como restricciones al comercio internacional. En particular, son seis las categorías de medidas que podrían generar controversias: las Medidas tributarias (art. 6), la Reglamentación del contenido de los productos de tabaco (art. 9), la Reglamentación de la divulgación de información sobre los productos de tabaco (art. 10), el Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco (art. 11), la Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco (art. 13), el Comercio ilícito de productos de tabaco (art. 15).

A. *Medidas relacionadas con los precios e impuestos.* El artículo 6 del CMCT promueve los incrementos de los precios e impuestos de los productos de tabaco con vistas a reducir el consumo. Además, sin perjuicio de su derecho soberano a decidir y establecer su propia política tributaria, las Partes deben aplicar a los productos de tabaco políticas tributarias y, si corresponde, políticas de precios para contribuir al objetivo del CMCT. También pueden

67. Por ejemplo, en la quinta reunión del Órgano de negociación intergubernamental del CMCT se propuso la siguiente disposición: "Reconociendo que las medidas de control del tabaco, incluso las de control del comercio de tabaco, se pueden aplicar de manera que se apoyen recíprocamente, las Partes acuerdan que las medidas de control del tabaco serán transparentes, se aplicarán de conformidad con sus obligaciones internacionales vigentes y no constituirán un medio de discriminación arbitraria o injustificable en el comercio internacional". Se puede consultar el artículo 4.5 del proyecto en el documento ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Nuevo texto del Convenio Marco para el Control del Tabaco propuesto por el Presidente*, WHO Doc. A/FCTC/INB5/2 (25 de junio de 2002), disponible en el portal de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD [www] <http://www.who.int/gb/fctc/PDF/inb5/sinb52.pdf> (30/10/2007).

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

prohibir o restringir la venta e importación de productos de tabaco libres de impuestos y libres de derechos de aduana o incluso exigir la aplicación de unas tasas impositivas similares en todas las Partes contratantes. El Derecho de la OMC aceptaría como válidas dichas medidas, siempre y cuando no implicaran una discriminación entre productos nacionales y productos importados o entre productos extranjeros pero procedentes de diferentes Estados. Esto queda confirmado por el tenor del artículo XI del GATT que indica que la prohibición de las restricciones cuantitativas no incide en el derecho de las Partes contratantes a gravar con impuestos u otras cargas impositivas las mercancías⁶⁸.

B. *Medidas relacionadas con la reglamentación del contenido de los productos de tabaco (artículo 9)*. El precepto indica que:

“[I]a Conferencia de las Partes, en consulta con los órganos internacionales competentes, propondrá directrices sobre el análisis y la medición del contenido y las emisiones de los productos de tabaco y sobre la reglamentación de esos contenidos y emisiones. Cada Parte adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas y administrativas u otras medidas eficaces aprobadas por las autoridades nacionales competentes para que se lleven a la práctica dichos análisis y mediciones y esa reglamentación”.

Es decir, las medidas deberían ser aprobadas por los propios Estados en el seno de la Conferencia de las Partes en el CMCT, y, en segundo lugar, dichas medidas deberían ser aprobadas atendiendo a los estudios de las organizaciones internacionales competentes en la materia, en particular, se entiende que las recomendaciones de la OMS serán especialmente tomadas en consideración. Dichas medidas serán consideradas, a los efectos del AOTC, como reglamentos técnicos, ya que establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados y, en consecuencia, estarán sometidas al mencionado Acuerdo. Pues bien, de conformi-

68. Precisamente, recientemente se han suscitado en la OMC varias controversias en materia de cigarrillos importados en las que la causa de la disputa residía parcialmente en la aplicación de medidas tributarias que implicaban una discriminación entre los cigarrillos nacionales y los importados. Estas diferencias ponen de manifiesto la necesidad de diseñar cuidadosamente las medidas nacionales de control del tabaco con vistas a evitar la impugnación por otros Estados miembros de la OMC. Nos referimos a la disputa DS302, *República Dominicana-Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos* y a la disputa DS227, *Perú-Tributación aplicada a los cigarrillos*. Ambas están disponibles en el portal de la Organización Mundial del Comercio, en la dirección [www] http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_subjects_index_s.htm#cigarrillos (30/1/2007).

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

dad con el art. 2.2 de este Acuerdo⁶⁹ mientras el objetivo de la medida sea la protección de la salud o la vida humana, la medida satisfaga el requisito de la “necesidad”, en los términos aplicados por los órganos de solución de controversias ya examinados, y la evaluación del riesgo se fundamente en la información científica disponible, cualquier medida de control que consista en un reglamento técnico o esté incluida en uno será coherente con el Derecho de la OMC. De hecho, el tenor de las disposiciones del Acuerdo OTC refuerza la aplicación del CMCT ya que esas disposiciones privilegian las normas internacionales que sirvan de base para los reglamentos técnicos y se establece la presunción de que dichos reglamentos basados en normas internacionales no crean un obstáculo innecesario al comercio internacional. Dada la profusión de evidencias científicas, algunas aportadas por organizaciones internacionales, que confirman el impacto dañino del tabaco sobre la salud y la vida humana será perfectamente demostrable que los reglamentos técnicos sobre los contenidos de los productos del tabaco están basados en la “información disponible científica y técnica”.

C. La Reglamentación de la divulgación de información sobre los productos de tabaco (art. 10). El precepto citado indica que cada Parte adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces, incluidas las legislativas, “para exigir que los fabricantes e importadores de productos de tabaco revelen a las autoridades gubernamentales la información relativa al contenido y las emisiones de los productos de tabaco”. Además se revelará al público la información relativa a los componentes tóxicos de los productos de tabaco y las emisiones que éstos pueden producir. Las compañí-

69. “2.2. Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente.

Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos (...).

2.4. Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos (...).

2.5. (...) Siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional”.

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

as de tabaco ya habían condenado las medidas nacionales que les obligan a comunicar los ingredientes de los cigarrillos a las autoridades públicas o a revelar a los consumidores la lista de dichos ingredientes⁷⁰. En opinión de las empresas dichas exigencias violan la protección de los secretos comerciales otorgada en los tratados, y las respectivas legislaciones nacionales, sobre comercio internacional, en particular, el art. 39.2 del AADPIRC, que obliga, en los términos ya comentados anteriormente, a los Estados a proteger la información no divulgada y los datos que le proporcionen las personas físicas y jurídicas. Los ingredientes de las diferentes marcas de cigarrillos confieren aroma y sabores peculiares a dichas marcas. En opinión de las tabacaleras, la difusión detallada por marca y tipos individuales de los ingredientes de los productos del tabaco supondría que cualquier otro fabricante podría elaborar dichos productos con las mismas peculiaridades de sabor y aroma que los cigarrillos originales. Algunos Estados y la Comunidad Europea obligan a las compañías tabacaleras a comunicar a los respectivos Ministerios de Sanidad los ingredientes de los productos del tabaco especificando el fabricante o importador, las cantidades presentes de cada aditivo, los efectos adictivos y la función de la sustancia en cada marca y tipos individuales. Esta información está efectivamente protegida por la legislación sobre los secretos comerciales, por ello, las autoridades sanitarias únicamente difunden públicamente una parte de la información recibida; de ese modo se protege la fórmula del producto, pero se informa a los consumidores de las sustancias específicas presentes en

70. En el CMCT se reconoce, en el preámbulo, que “los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia...”. Recientes estudios han confirmado ampliamente esta afirmación. En el diario *El País*, en la sección de sociedad del día 21 de octubre de 2007, aparecía un reportaje sobre los aditivos utilizados por la industria tabacalera para crear adicción al tabaco. El reportaje, titulado, “Ingeniería de precisión para esclavizar a los fumadores” destacaba que, en concreto, Altadis –fabricante de Fortuna, Ducados, entre otras marcas– reconoce que usa 289 aditivos en sus marcas comercializadas en la Unión Europea. El fin esencial de estas 289 sustancias químicas es reducir los efectos molestos del tabaco e incrementar la adicción a la nicotina. Algunas de estas sustancias son definidas como aromas pero sus efectos son mucho más graves. Por ejemplo, los derivados del cacao y del regaliz endulzan el cigarrillo y actúan como broncodilatadores, facilitando que la nicotina llegue a los alvéolos. El director general de Salud Pública del Ministerio de Sanidad, Manuel Oñorbe, admite: “No hacemos análisis de los aditivos y tenemos que creer lo que declaran las tabacaleras. No sabemos lo que lleva”. El reportaje está disponible en el portal en Internet del periódico *El País*, en la página EL PAÍS [www] http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Ingenieria/precision/esclavizar/fumador/elpepusoc/20071021elpepisoc_1/Tes (30/10/2007). En el portal de *El País* se puede consultar también el ilustrativo gráfico sobre las sustancias nocivas en el tabaco, en la dirección [www] http://www.elpais.com/graficos/sociedad/Sustancias/nocivas/tabaco/elpgрасoc/20071019elpepusoc_1/Ges/ (30/10/2007).

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

los cigarrillos⁷¹. En definitiva, es posible cumplir la obligación impuesta por el CMCT en esta materia, sin violar las exigencias sobre protección de los secretos comerciales que derivan de la legislación internacional y nacional.

D. *Empaquetado y etiquetado (artículo 11)*. El Convenio también regula la cuestión del empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco. En particular, cada Parte debe adoptar medidas para asegurar que en los paquetes y envases de los productos de tabaco figuren advertencias sanitarias que describan los efectos nocivos del tabaco. Dichos mensajes serán rotativos, grandes, claros, legibles, visibles y estarán redactados en el idioma o idiomas principales de la Parte. Deberán ocupar el 50% de las superficies externas del etiquetado o empaquetado, y en ningún caso menos del 30% de las mismas. Para la adopción y aplicación de estas medidas se concede a cada Parte un período de tres años desde la entrada en vigor del Convenio para esa Parte. El AOTC, de conformidad con su anexo I.1, es plenamente aplicable a la controversias que pudieran surgir en el ámbito del empaquetado y del etiquetado, y el Acuerdo se aplicará en el mismo sentido en que se aplica a la regulación de los contenidos de los productos del tabaco ya examinado en el apartado anterior. Por ello, parece poco probable que surjan controversias sobre la compatibilidad de este precepto con el Derecho de la OMC. A mayor abundamiento, cabe reproducir aquí el pronunciamiento del grupo que resolvió el caso de los cigarrillos tailandeses:

“(…) otros países habían establecido reglamentaciones rigurosas y no discriminatorias en materia de etiquetado e información sobre los ingredientes, que hacían posible que el Gobierno controlara el contenido de los cigarrillos y que la población tuviera conocimiento del mismo. Una reglamentación no discriminatoria aplicada sobre la base del trato nacional de conformidad con el párrafo 4 del artículo III, que impusiera la obligación de hacer públicos todos los ingredientes, unida a una prohibición de las sustancias perjudiciales para la salud, constituiría una alternativa compatible con el Acuerdo General”⁷².

71. El problema radica en que el hecho de conocer las sustancias químicas que se añaden a los productos del tabaco no es suficiente porque dichas sustancias son calificadas en la mayoría de los casos como aromas por los fabricantes, pero, en realidad, tienen otros efectos adicionales sobre el fumador. Frecuentemente dichos aditivos refuerzan los efectos adictivos de la nicotina o reducen las molestias causadas por el humo u otros ingredientes de los productos del tabaco. Las autoridades sanitarias no investigan los efectos de los aditivos sobre el fumador.

72. *Vide Tailandia. Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos. Informe del Grupo Especial* adoptado el 7 de noviembre de 1990 (DS10/R-37S/222), párr. 77; disponible en el portal de la OMC, en la dirección http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/gt47ds_s.htm (30/10/2007).

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

E. *Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.* Algunas de las medidas más constrictivas se aplican a la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco (art. 13). Las Partes reconocen que la prohibición absoluta de la publicidad, la promoción y el patrocinio, incluida la eliminación de la publicidad transfronteriza reduciría el consumo de tabaco⁷³. El Convenio impone a cada Parte la obligación de proceder, dentro de un plazo de cinco años desde su entrada en vigor para dicha Parte, a una prohibición total de la publicidad, promoción y patrocinio por radio, televisión, medios impresos y otros medios, como Internet, incluyendo la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en el territorio de la Parte en cuestión. En el caso de que una Parte no pueda adoptar dicha prohibición total a causa de sus principios constitucionales, el CMCT exige la adopción de una serie de restricciones⁷⁴. Este tipo de medidas son, desde la perspectiva del derecho del sistema multilateral del comercio, poco problemáticas, siempre y cuando respeten el principio de no discriminación, tal y como declaró el grupo en el caso de los cigarrillos tailandeses:

Normalmente una prohibición de la publicidad de los cigarrillos que afectara indistintamente a los nacionales y a los de procedencia extranjera cumpliría las prescripciones del párrafo 4 del artículo III. Cabría alegar que una prohibición general de la publicidad de cigarrillos de esa índole crearía una desigualdad de oportunidades de competencia entre el actual suministrador tailandés de cigarrillos y nuevos abastecedores extranjeros, por lo que estaría en contradicción con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III.² Pero aun aceptado ese argumento, habría que considerar que esa incompatibilidad era inevitable y, por consiguiente, necesaria en el sentido del apartado b) del artículo XX, por cuanto el reconocimiento de nuevos derechos de publicidad entrañaría el riesgo de estimular la demanda de cigarrillos⁷⁵.

73. Las ingentes inversiones en publicidad y promoción, en general, que hacen las empresas tabacaleras confirman que estas actividades son vitales para la continuidad de su negocio, es decir, para captar nuevos clientes que compensen el número de personas que diariamente dejan de fumar, ya sea por una defunción prematura a causa del tabaco o porque abandonan este hábito, alarmados por sus efectos nocivos.

74. El Banco Mundial ha reconocido que las restricciones en materia de publicidad de los productos de tabaco pueden contribuir a reducir el consumo de tabaco en los Estados desarrollados más de un 6%. *Vide* WORLD BANK, *Curbing the Epidemic: Governments and the Economics of Tobacco Control*, World Bank, Washington DC, 1999, p. 50. El libro está disponible en Internet en el portal de la Organización Panamericana de la Salud en la dirección [www] <http://www.paho.org/Spanish/DBI/pc577.htm> (30/10/2007). El Banco Mundial mantiene en su portal en Internet una interesante sección sobre el tabaquismo, en la dirección [www] <http://www1.worldbank.org/tobacco/> (30/10/2007).

75. *Vide* Tailandia. *Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos. Informe del Grupo Especial adoptado el 7 de noviembre de 1990 (DS10/R-*

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

F. *Comercio ilícito de productos de tabaco*. El comercio ilícito, en particular, el contrabando, propicia que los productos de tabaco de marcas internacionales sean más asequibles. Pero además, la fabricación ilícita y la falsificación de dichos productos evaden la legislación sanitaria de los Estados aplicables a la producción de tabaco⁷⁶. Por ello, las Partes están obligadas a adoptar, según el artículo 15, medidas eficaces relacionadas con el comercio ilícito. En general, las medidas de lucha contra el comercio internacional del CMCT son poco problemáticas, desde el punto de vista de la OMC. No obstante, ciertas disposiciones en esta esfera, podrían dar lugar a una diferencia, habida cuenta de que las obligaciones que imponen están relacionadas con el empaquetado y etiquetado de los paquetes o envases de productos de tabaco. En efecto, el artículo 15 del CMCT exige que “todos los paquetes o envases de productos de tabaco y todo empaquetado externo de dichos productos lleven una indicación que ayude a las Partes a determinar el origen de los productos de tabaco y, de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, ayude a las Partes a determinar el punto de desviación y a vigilar, documentar y controlar el movimiento de los productos de tabaco y su situación legal”. Además, cada Parte contratante en el CMCT “exigirá que todos los paquetes y envases de productos de tabaco para uso al detalle y al por mayor que se vendan en su mercado interno lleven la declaración: ‘*Venta autorizada únicamente en (insertar el nombre del país o de la unidad subnacional, regional o federal)*’, o lleven cualquier otra indicación útil en la que figure el destino final o que ayude a las autoridades a determinar si está legalmente autorizada la venta del producto en el mercado interno (...)”.

37S/222), párr. 78; disponible en el portal de la OMC, en la dirección http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/gt47ds_s.htm (30/01/2007).

76. Investigaciones realizadas por ciertos Estados y por entidades privadas han confirmado la implicación tácita, y en algún caso, explícita, de ciertas compañías tabacaleras en el contrabando y el comercio ilícito de productos del tabaco. Los fabricantes se benefician del incremento de la demanda de cigarrillos de contrabando, más baratos que los cigarrillos “legales”. Las ingentes diferencias entre los cigarrillos exportados y los cigarrillos importados conducen a la reflexión sobre el cuestionable papel que algunas compañías tabacaleras juegan en el comercio ilícito de dichos productos y en sus presuntos vínculos con los grupos de delincuencia organizada. La Unión Europea ha denunciado dichas prácticas y demandó en Estados Unidos a la compañía R.J.Reynolds por vender cigarrillos ilegales a grupos de delincuentes organizados, con estrechos vínculos con grupos terroristas. Sobre estas cuestiones se puede consultar el trabajo COKER, D., “Smoking May not Only be Hazardous to Your Health, but also to World Political Stability: The European Unions Fight Against Cigarette Smuggling Rings that Benefit Terrorism”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, XI (2003), pp. 350-376.

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

Estas exigencias implicarían, en caso de controversia, la aplicación del Acuerdo OTC al caso en cuestión en los términos ya examinados anteriormente.

CONCLUSIONES

1. El tabaquismo es un problema complejo y con implicaciones en numerosos ámbitos como el sanitario, financiero, comercial, aduanero, ambiental, agrícola e industrial. En particular, el consumo de tabaco amenaza el desarrollo sostenible, debido a sus efectos adversos sobre las familias, las comunidades y los Estados y, especialmente, pone en peligro la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio marcados por las Naciones Unidas. Paradójicamente, los acuerdos de libre comercio contemplan el tabaco como un producto agrícola, cuya producción debe ser promovida y su comercio facilitado, en lugar de calificarlo como una droga letal que debe ser prohibida. La epidemia se agrava a causa de la liberalización del comercio internacional y del contrabando. La mejor estrategia de lucha contra el tabaquismo sería la exclusión del tabaco y los productos de tabaco del ámbito de los acuerdos de libre comercio. No obstante, los Estados no están dispuestos a dar dicho paso. Por ello, el control del tabaco se ha erigido, por el momento en la mejor estrategia, y sólo será realmente efectivo si se aplica un enfoque multisectorial, basado en una cooperación efectiva entre los Estados y las organizaciones interestatales y no gubernamentales, y orientada a proteger rigurosamente la salud pública. El CMCT se ha erigido en la piedra angular de dicha estrategia y constituye una herramienta poderosa para el control del tabaco siempre y cuando los Estados, garantes del derecho a la salud de sus ciudadanos, se doten, en aplicación del CMCT, de las legislaciones estrictas y eficaces que primen la defensa de la salud pública frente a los intereses crematísticos de ciertos Estados y de las compañías tabacaleras⁷⁷.

2. Probablemente, el arreglo de las disputas que surjan entre los Estados que son simultáneamente Partes contratantes en el CMCT y miembros de la OMC tendrá lugar en el seno del mecanismo de solución de controversias de esta Organización. El mecanismo de solución de controversias de la OMC es,

77. Precisamente, el Convenio alerta sobre las prácticas espurias de dichas empresas, en el preámbulo, cuando recomienda mantener la vigilancia ante los intentos de la industria de tabaco de socavar las actividades de control y obliga a las Partes a reforzar las políticas nacionales de salud pública frente a los intereses comerciales de las empresas tabacaleras.

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

como su práctica ha demostrado, un mecanismo especializado activo y eficiente. Desde la perspectiva de las relaciones económicas y del comercio internacional este hecho es obviamente muy positivo, pero desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, pueden surgir ciertas disfunciones para otras normas internacionales que tutelan intereses diferentes a los valores propios del sistema multilateral de comercio⁷⁸. Por tanto, un mecanismo especializado de arreglo de controversias que tutele la aplicación e interpretación de un conjunto de normas convencionales específicas acabará por primar en la práctica las normas jurídicas de sus normas tuteladas. “Esto es en efecto, lo que en la práctica hace la *norma aplicable* de este mecanismo: colocar el Derecho propio de la OMC en una posición jerárquica *de facto* frente a otros acuerdos internacionales (...)”⁷⁹.

Por ello, la configuración actual del mecanismo de solución de controversias de la OMC presenta un grave riesgo para el desarrollo del CMCT: el *efecto disuasorio*, o efecto *chilling out*, es decir, la efectividad del mecanismo de solución de controversias de la OMC y la primacía otorgada a sus normas frente a otras normas internacionales lleva a que tanto los Estados como las organizaciones intergubernamentales se abstengan de regular materias o problemas en ciertos sectores porque las medidas apropiadas podrían ser incompatibles con el Derecho de la OMC⁸⁰. Afortunadamente, el estudio del Derecho de la OMC y de la *jurisprudencia* de su mecanismo de solución de diferencias sugiere que el sistema multilateral de comercio asegura a los Estados un amplio margen de maniobra a la hora de aprobar medidas de control del tabaco. De hecho, a partir del estudio de los principios del sistema multilateral de comercio y de la *jurisprudencia* del GATT y del mecanismo de solución de controversias de la OMC, es posible afirmar que el Derecho de la

78. Como ha señalado el prof. ZAPATERO:

“(...) la estructura de la *norma aplicable*, el modelo de solución de diferencias de carácter especializado y la competencia de las agencias nacionales y regionales encargadas de la activación del mecanismo (agencias comerciales [estatales]) obstaculizan la presencia de normas convencionales externas, relevantes y vinculantes para las partes, en la solución de diferencias ante el [mecanismo de solución de controversias de la OMC]. En este sentido, generan un *cuello de botella* para la entrada de normas ajenas al derecho de la OMC en el funcionamiento de este mecanismo”. Vide ZAPATERO, P., *Derecho del comercio global*, Civitas, Madrid, 2003, p. 416.

79. *Ibid.*, p. 418.

80. Este fenómeno está contribuyendo a la difusión de la idea *perversa* de que el Derecho de la OMC se ha erigido en un parámetro de legalidad del resto de las normas internacionales, y, desde luego, de las nacionales, y en un límite infranqueable para la acción de los gobiernos y las organizaciones internacionales, colocando las normas comerciales en una posición jerárquica superior respecto de otras normas internacionales.

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

OMC puede ser compatible con las medidas de desarrollo del CMCT. Con toda probabilidad, el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización asumiría la puesta en marcha de medidas de control del tabaco acordadas en la Organización Mundial de la Salud o la Conferencia de las Partes en el CMCT. La interpretación de los acuerdos de libre comercio realizada por los grupos del GATT y de la OMC en los informes relativos a los casos examinados son muy tranquilizadoras en ese sentido. Basta recordar que en el caso relativo a los cigarrillos tailandeses el Grupo Especial admitió:

“... que el hábito de fumar representaba un riesgo grave para la salud humana y que, en consecuencia, las medidas destinadas a reducir el consumo de cigarrillos estaban incluidas en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX. El Grupo Especial observó que, sin duda, esta disposición permitía a las partes contratantes dar prioridad a la salud de las personas sobre la liberalización del comercio; pero, para que las medidas estuvieran amparadas por el apartado b) del artículo XX tenían que ser ‘necesarias’”⁸¹.

Sin embargo, el desarrollo por parte de los gobiernos, y de las instituciones del CMCT, de las medidas de control del tabaco en aplicación del Convenio puede dar lugar a controversias en torno a la conformidad de las mismas con el Derecho de la OMC. Por ello, es fundamental que los responsables de las políticas nacionales de salud pública tomen en consideración los principios básicos de la OMC a la hora de diseñar dichas medidas. Estos pilares son el principio de la no discriminación y el principio de “necesidad”⁸². De conformidad con los artículos I y III del GATT, relativos a la cláusula de la nación más favorecida y al trato nacional, respectivamente, los Estados no pueden deparar un trato diferente a productos *similares* sobre la base de su origen. No obstante, según el art. XX del GATT, una medida nacional podría implicar un cierto trato discriminatorio, siempre y cuando no constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable, ni una restricción encubierta al comercio internacional.

En relación con el segundo principio, el de necesidad, el Estado miembro que haya adoptado una medida nacional de control del tabaco, aprobada

81. *Vide Tailandia. Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos. Informe del Grupo Especial adoptado el 7 de noviembre de 1990 (DS10/R-37S/222)*, párr. 73; disponible en el portal de la OMC, en la dirección [www] http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/gt47ds_s.htm (30/01/2007).

82. Ciertos autores incluyen el principio de razonabilidad, aunque este principio puede ser considerado como un aspecto del principio de “necesidad”. *Vide ECKHARDT, J.N.*, “Balancing interests...”, *supra* nota 34, p. 217.

J. ROBERTO PÉREZ SALOM

en aplicación del art. XX(b) del GATT o el art. 2.2 del Acuerdo TBT, deberá demostrar que la medida es necesaria para alcanzar los objetivos de salud en cuestión. De hecho, “in applying the provision in the *Asbestos* case, the WTO Dispute Settlement Panel implied that a determination of necessity would not be extensively reviewed, so long as the decision to enact a measure is motivated by a reasonable determination”⁸³. La medida podrá superar la prueba de “necesidad” si satisface los siguientes requisitos⁸⁴:

1. Esté dirigida a alcanzar un objetivo específico.
2. Represente la medida disponible menos restrictiva para el comercio, y en ese sentido,
3. No existan otras medidas disponibles que sean menos restrictivas para el comercio y que permitan alcanzar el mismo objetivo.

Por ello, el diseño de las medidas que desarrollen el CMCT debe ser acometido con mucha atención y especial consideración a su coherencia con el sistema multilateral de comercio. Los responsables del desarrollo de las medidas de control previstas en el CMCT deben asegurar que estas medidas satisfacen las condiciones del Derecho de la OMC. La efectividad, y en definitiva, el éxito mismo, del CMCT dependen de ello.

Resumen

Los devastadores efectos que el consumo de tabaco y la exposición a su humo provocan en el mundo entero condujeron a que la Organización Mundial de la Salud adoptara, el 21 de mayo de 2003, el Convenio Marco para el Control del Tabaco. La aplicación del Convenio ha suscitado importantes debates acerca de la coherencia entre sus preceptos y las disposiciones de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC). El estudio del Derecho de la OMC y de la *jurisprudencia* de su mecanismo de solución de controversias confirma que el sistema multilateral de comercio asegura a los Estados un amplio margen de maniobra a la hora de aprobar medidas de control del tabaco. Ahora bien, es fundamental para el éxito del Convenio Marco que los responsables de las políticas nacionales de salud pública tomen en consideración los principios básicos de la OMC a la hora de diseñar dichas medidas. De lo contrario, las medidas nacionales de control del tabaco pueden dar lugar a controversias internacionales en torno a la conformidad de dichas medidas con el Derecho de la OMC.

Abstract

The devastating worldwide consequences of tobacco consumption and exposure to tobacco smoke led the World Health Organization to the adoption on the 21st May 2003 of the Framework Convention on Tobacco Control. Implementation of the Convention has pro-

83. *Ibid.*, p. 216.

84. *Ibid.*, pp. 216-217.

COMERCIO INTERNACIONAL Y SALUD PÚBLICA

oked serious debates on the compatibility between the new international tobacco control regime and the free trade rules enforced by the World Trade Organization. The study of the Law of the WTO and the *jurisprudence* of its dispute settlement bodies suggests that the multilateral trading system gives States generous room to manoeuvre when adopting tobacco control measures. Consequently, the design of measures which develop FCTC provisions needs to be carefully done to ensure coherence with the multilateral trading system. Otherwise, the development by governments of tobacco control measures in application of the Convention will not be free from problems and may in fact cause conflicts with WTO agreements.

