



# HACER FRENTE A LA EPIDEMIA DE TABAQUISMO

EN UNA NUEVA ERA DE  
LIBERALIZACIÓN DEL  
COMERCIO Y LA INVERSIÓN



Organización  
Mundial de la Salud

# HACER FRENTE A LA EPIDEMIA DE TABAQUISMO EN UNA NUEVA ERA DE LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO Y LA INVERSIÓN

Encargado por la Iniciativa Liberarse del Tabaco  
de la Organización Mundial de la Salud

#### **Catalogación por la Biblioteca de la OMS:**

Hacer frente a la epidemia de tabaquismo en una nueva era de liberalización del comercio y la inversión.

1. Industria del Tabaco. 2. Hábito de Fumar. 3. Trastorno por Uso de Tabaco 4. Comercio. 5. Internacionalidad.  
I. Organización Mundial de la Salud.

ISBN 978 92 4 350372 1

(Clasificación NLM: HD 9130)

#### **© Organización Mundial de la Salud 2014**

Se reservan todos los derechos. Las publicaciones de la Organización Mundial de la Salud están disponibles en el sitio web de la OMS ([www.who.int](http://www.who.int)) o pueden comprarse a Ediciones de la OMS, Organización Mundial de la Salud, 20 Avenue Appia, 1211 Ginebra 27, Suiza (tel.: +41 22 791 3264; fax: +41 22 791 4857; correo electrónico: [bookorders@who.int](mailto:bookorders@who.int)). Las solicitudes de autorización para reproducir o traducir las publicaciones de la OMS - ya sea para la venta o para la distribución sin fines comerciales - deben dirigirse a Ediciones de la OMS a través del sitio web de la OMS ([http://www.who.int/about/licensing/copyright\\_form/en/index.html](http://www.who.int/about/licensing/copyright_form/en/index.html)).

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, por parte de la Organización Mundial de la Salud, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto del trazado de sus fronteras o límites. Las líneas discontinuas en los mapas representan de manera aproximada fronteras respecto de las cuales puede que no haya pleno acuerdo.

La mención de determinadas sociedades mercantiles o de nombres comerciales de ciertos productos no implica que la Organización Mundial de la Salud los apruebe o recomiende con preferencia a otros análogos. Salvo error u omisión, las denominaciones de productos patentados llevan letra inicial mayúscula.

La Organización Mundial de la Salud ha adoptado todas las precauciones razonables para verificar la información que figura en la presente publicación, no obstante lo cual, el material publicado se distribuye sin garantía de ningún tipo, ni explícita ni implícita. El lector es responsable de la interpretación y el uso que haga de ese material, y en ningún caso la Organización Mundial de la Salud podrá ser considerada responsable de daño alguno causado por su utilización.

El presente documento se elaboró por encargo de la Iniciativa Liberarse del Tabaco de la OMS (TFI/OMS) y obtuvo el respaldo del Programa Internacional de Donaciones del Ministerio de Salud del Canadá (Health Canada). El documento, escrito por el Dr. Benn McGrady, fue supervisado por Raman Minhas, de la TFI/OMS.

Cabe agradecer particularmente a Nathalie Bernasconi, Jonathan Liberman, Andrew Mitchell, Tania Voon, Patricia Lambert y el equipo de Campaign for Tobacco-free Kids, así como a Kate Lannan y la Secretaría del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco por su ayuda en la revisión del presente documento.

Para obtener información general sobre la labor de la OMS en relación con el control del tabaco, incluidas cuestiones concernientes al comercio, o información específicamente relacionada con el presente documento, sírvase contactar con TFI/OMS a través de la dirección [tfi@who.int](mailto:tfi@who.int).

## ÍNDICE

Abreviaciones.....	6
Resumen .....	7
<b>I. Introducción .....</b>	<b>11</b>
<b>II. Actualización de los vínculos entre comercio, inversión y control del tabaco .....</b>	<b>14</b>
A. Actualización de los datos empíricos.....	14
B. Información actualizada sobre cuestiones jurídicas relativas a la autonomía nacional en materia de reglamentación.....	16
1. Derecho mercantil internacional .....	17
i) GATT .....	17
ii) Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) ....	21
iii) Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (AOTC) .....	22
iv) Acuerdo sobre los ADPIC .....	23
v) Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).....	24
vi) Reparación y plazo para presentar una denuncia con arreglo a las normas de la OMC ..	26
vii) Controversias recientes relativas al control del tabaco planteadas en la OMC .....	27
viii) Tratados de libre comercio y uniones aduaneras .....	34
ix) Medidas que pueden adoptar las instancias decisorias para proteger las medidas orientadas al control del tabaco .....	36
2. Legislación internacional sobre inversiones .....	37
i) Expropiación y medidas equivalentes .....	38
ii) Trato justo y equitativo .....	39
iii) Casos recientes relacionados con el control del tabaco .....	40
iv) Protección del espacio político: disposiciones que pueden adoptar las instancias decisorias para proteger las medidas de salud pública .....	43
3. Entrada en vigor del convenio marco de la oms para el control del tabaco .....	47
i) Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT de la OMS) .....	47
ii) Repercusiones del párrafo 3 del artículo 45 del CMCT de la OMS .....	48
iii) Usos del CMCT de la OMS en la interpretación de acuerdos de comercio e inversión.....	49
iv) Conflictos entre el CMCT de la OMS y algunos acuerdos de comercio e inversión .....	50
4. Otros desarrollos normativos relativos al comercio y la salud .....	52
i) Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública .....	52
ii) Resolución WHA59.26 sobre comercio internacional y salud .....	54
iii) La Declaración de Punta del Este sobre aplicación del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco .....	54



III. Aprovechamiento de los acuerdos de comercio e inversión por parte de la industria tabacalera..	56
A. La industria tabacalera utiliza los acuerdos de comercio e inversión para acceder a los mercados extranjeros.....	56
1. Monografía: las negociaciones de la Trans-Pacific Partnership .....	57
2. Uso de la inversión extranjera directa y de lugares estratégicos para mejorar el acceso a los mercados de Asia .....	60
B. La industria tabacalera invoca acuerdos de comercio e inversión para tratar de oponerse a la reglamentación .....	61
1. Monografía: Australia adopta el empaquetado sencillo.....	62
i) Movilización de agentes afines a la causa.....	63
ii) Uso selectivo de las fuentes jurídicas .....	63
iii) Cabildeos en el Comité OTC y el Consejo de los ADPIC .....	64
2. Monografía: experiencia del Canadá con las restricciones a los productos de tabaco aromatizados.....	65
IV. Retos para el control del tabaco planteados por los acuerdos de comercio e inversión .....	67
A. Retos para la coordinación de las políticas.....	67
B. Limitaciones de la capacidad jurídica y menoscabo de la voluntad política .....	69
V. Observaciones finales .....	71
Referencias.....	72
Anexo 1 – Documentos clave .....	79
Resolución WHA59.26 sobre comercio internacional y salud .....	79
FCTC/COP4(5) Declaración de Punta del Este sobre la aplicación del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco .....	81
FCTC/COP4(18) Cooperación entre la Secretaría del CMCT de la OMS y la Organización Mundial del Comercio .....	83
Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública (Declaración de Doha).....	85

## ABREVIACIONES

Acuerdo EEE	Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
Acuerdo OMC	Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
AFTA	Zona de Libre Comercio de la ASEAN
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
AMSF	Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
AOTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
APEC	Cooperación Económica en Asia y el Pacífico
ASEAN	Asociación de Naciones del Asia Sudoriental
BIT	tratado bilateral de inversiones
CE	Comisión Europea
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CMCT de la OMS	Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el derecho de los tratados
COP4	cuarta reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IED	inversión extranjera directa
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MSA	Acuerdo general de conciliación
NMF	nación más favorecida
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
TLC	tratado de libre comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UE	Unión Europea

# RESUMEN

En 2001, la Iniciativa Liberarse del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud publicó un documento capital titulado *Confronting the tobacco epidemic in an era of trade liberalization*. Los autores del documento, Douglas Bettcher *et al.*, sugerían que la liberalización del comercio y la inversión extranjera directa en el sector tabacalero podía alentar la demanda de productos de tabaco. Más específicamente, las pruebas sugerían que la apertura de mercados tabacaleros tradicionalmente cerrados, en países de ingresos bajos y medianos, aumentaba la prevalencia del consumo de tabaco en esos países. Asimismo, el documento señalaba el riesgo de que algunas disposiciones de los acuerdos comerciales que rigen los obstáculos no arancelarios al comercio (por ejemplo, las medidas de reglamentación) pudieran limitar la autonomía de los Estados para aplicar medidas eficaces de control del tabaco. Más de 10 años después de la publicación del documento de Bettcher *et al.*, el presente documento proporciona información actualizada sobre los temas en cuestión.

Desde 2001, en algunos estudios empíricos y descriptivos se han examinado los vínculos entre la liberalización del comercio y el consumo de tabaco, así como entre la inversión extranjera directa y el consumo de tabaco. Esos estudios también tienden a confirmar la teoría mercantil, y sugieren que la liberalización incrementa la competencia, lo que da lugar a precios más bajos y otras prácticas tales como la intensificación de la comercialización, que a su vez estimula la demanda. El cúmulo de pruebas no sugiere que cada una de las medidas de liberalización del comercio o inversión extranjera directa estimula la demanda. Sin embargo, algunos datos sugieren que los riesgos son reales y que los gobiernos deberían prevenirlos y contrarrestarlos por medio de la reglamentación.

En cuanto a conocimientos y especialización, los progresos más importantes logrados desde 2001 corresponden al ámbito jurídico. Muchos aspectos relativos a las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se han aclarado mediante mecanismos de solución de controversias. En relación con objetivos no comerciales, los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC han demostrado mayor deferencia que la prevista no sin temor por algunos comentaristas. Si bien las afirmaciones de la OMC relativas a las medidas de control del tabaco han sido esporádicas, se pueden notificar nuevos acontecimientos, incluidas algunas controversias que tienen lugar en el momento de redacción del presente documento. *En Dominican Republic – Importation and Sale of*



*Cigarettes*, se pudo determinar que las medidas relativas a timbres fiscales destinadas a impedir el comercio ilícito de productos de tabaco se habían aplicado de forma tal que violaba el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994). En *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, un grupo especial de la OMC determinó que las medidas fiscales adoptadas en Tailandia en relación con el tabaco se habían aplicado de forma discriminatoria incompatible con el GATT y el Acuerdo sobre Valoración en Aduana. En *United States – Clove Cigarettes*, Indonesia puso en entredicho las restricciones impuestas por los Estados Unidos a los productos de tabaco aromatizados, ya que prohíben los cigarrillos con clavo, pero no los cigarrillos mentolados. Se consideró que esas restricciones eran discriminatorias y violaban el Artículo 2.1 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC). Si bien las dos primeras de estas controversias no parecen tener repercusiones de amplio alcance para el control del tabaco, la tercera podría ser importante.(1)

Mientras se redactaba el presente documento, Australia celebraba consultas oficiales con Ucrania y Honduras, de conformidad con las normas de la OMC. Ucrania y Honduras solicitaron consultas oficiales con Australia en relación con la legislación que exigirá, a partir de diciembre de 2012, que los paquetes de productos de tabaco sean sencillos.(2) Con arreglo a las normas de la OMC, la solicitud de consultas origina un período de negociaciones, que representa la primera fase del procedimiento de solución de controversias. Si el problema no se resolviera en un plazo de 60 días a contar desde la presentación de la solicitud, el Miembro de la OMC que la hubiere presentado tendrá derecho a pedir el establecimiento de un grupo especial para que decida sobre una denuncia formal.

Los tratados regionales y bilaterales de libre comercio, que a partir de 2001 se han vuelto cada vez más comunes, ofrecen otra vía para poner en tela de juicio las leyes sobre control del tabaco. Un ejemplo contemporáneo de esto se halla en una impugnación presentada por Philip Morris (Noruega) en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE), contra las prohibiciones noruegas de exponer productos de tabaco en los puntos de venta. Esta es una impugnación directa a la legitimidad de las limitaciones sobre exposición en los puntos de venta, de conformidad con el acuerdo e, indirectamente, con la legislación de la Unión Europea.

Otro hecho importante es el aumento, desde 2001, de los arbitrajes sobre inversiones internacionales. En el marco de acuerdos internacionales de inversión, las controversias entre inversores extranjeros y Estados se han vuelto cada vez más comunes. Recientemente, Philip Morris (Suiza) presentó una denuncia de este tipo contra el Uruguay, porque consideraba que las medidas adoptadas por ese país en materia de empaquetado violaban un tratado bilateral de inversión concertado entre Suiza y el Uruguay. Asimismo, Philip Morris efectuó una denuncia contra Australia en relación con el empaquetado sencillo de productos de tabaco. Esa denuncia se presentó en virtud del tratado bilateral de inversiones concertado entre Australia y Hong Kong (1993).

Si bien los acuerdos internacionales de inversión suelen otorgar a los Estados un amplio margen de autonomía para reglamentar en interés del bien público, existen medidas que los Estados pueden adoptar para minimizar la incertidumbre y protegerse a sí mismos contra denuncias de este tipo.

Esas medidas consisten en asegurar que no se contraigan compromisos específicos con inversores extranjeros en la industria tabacalera; vigilar la entrada de inversiones y denegar el establecimiento de inversiones si ello es apropiado y lícito; aclarar al alcance de disposiciones fundamentales cuando se negocian futuros acuerdos internacionales de inversión, y especificar el alcance de los acuerdos internacionales de inversión existentes.

El acontecimiento normativo más importante desde 2001 fue la entrada en vigor del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT de la OMS). El Convenio obliga a las Partes a aplicar diversas medidas para el control del tabaco. En algunos casos, el Convenio reconoce los derechos de las Partes, de conformidad con el derecho internacional, de aplicar medidas para el control del tabaco. En el contexto del comercio y la inversión, el Convenio es pertinente en tres sentidos. Primero: en el párrafo 3 del Artículo 5 del Convenio, y específicamente en las directrices para la aplicación de esa disposición, se establece que las Partes no deberán otorgar incentivos de inversión a la industria tabacalera y deberán limitar su interacción con ella. Segundo: el Convenio se puede utilizar en la interpretación de los acuerdos internacionales de comercio e inversión con el fin de darles más afinidad con los mecanismos de control del tabaco. Tercero: el Convenio establece normas para abordar los posibles conflictos entre sus disposiciones y las de otros tratados, incluidos los acuerdos de comercio e inversión.

A partir de 2001 se han registrado otros progresos normativos en lo concerniente a comercio y salud. La Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública contribuyó a aclarar las flexibilidades que permiten a los Miembros de la OMC proteger la salud en virtud del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). La resolución WHA59.26 sobre comercio internacional y salud señala que los Miembros de la OMS deben buscar la coherencia entre sus políticas comerciales y sanitarias. Por último, la Declaración de Punta del Este sobre la aplicación del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco aumenta la flexibilidad que tienen las Partes en la aplicación de medidas para el control del tabaco.

Asimismo, se han hecho más evidentes los medios por los que la industria tabacalera utiliza en su provecho los acuerdos internacionales de inversión y comercio. La industria sigue ejerciendo presión sobre órganos tales como la Oficina del Representante de los Estados Unidos para Asuntos Comerciales, con el fin acceder a los mercados extranjeros y contar con protección jurídica en ellos. Las recientes presiones de Philip Morris Internacional (PMI) en relación con el Acuerdo de Asociación Transpacífico son un ejemplo de una empresa que busca eludir la reglamentación extranjera. De igual modo, mediante inversión extranjera directa en Filipinas, Philip Morris obtuvo acceso preferencial a otros mercados de Asia y consiguió que la OMC presentara una reclamación en su nombre. La industria tabacalera se apoya en acuerdos internacionales de inversión y comercio para tratar de eludir la reglamentación. Los ejemplos recientes de la manera en que la industria ofrece explicaciones engañosas de la legislación y presiona a las instancias decisorias se pueden observar en sus respuestas a la medida adoptada por Australia respecto del empaquetado sencillo de los productos de tabaco, y a las restricciones impuestas por el Canadá a los productos de tabaco aromatizados.

En el ámbito interno, los acuerdos internacionales de inversión y comercio plantean dos problemas generales. El primero concierne a la manera en que los Estados coordinan sus políticas comerciales, de inversión y sanitarias para proteger la salud y, al mismo tiempo, maximizar todo posible beneficio económico derivado del comercio y la inversión. No existe un criterio universal para superar este problema, pero sí algunos ejemplos de la manera en que los Estados han abordado las cuestiones, por ejemplo, mediante la evaluación de las repercusiones y el diálogo interministerial. El segundo problema concierne a la capacidad jurídica de los Estados para identificar sus derechos y obligaciones en virtud de los acuerdos internacionales de inversión y comercio. Para muchos Estados, el alto grado de especialización de esos ámbitos del derecho plantea problemas de capacidad que se agravan cuando se combinan con el comercio y la salud. Tampoco existe una solución universal para este problema. Evidentemente, es preciso crear capacidad, pero tal vez sería conveniente prestar asistencia más especializada a los Estados según las necesidades de cada caso.

# I. INTRODUCCIÓN

En 2001, la Iniciativa Liberarse del Tabaco establecida por la OMS publicó un documento capital titulado *Confronting the tobacco epidemic in an era of trade liberalization*.<sup>(3)</sup> En ese documento, Bettcher *et al.* señalan de qué manera la industria tabacalera ha perseguido la liberalización del comercio como un medio para ampliar los mercados extranjeros del tabaco, especialmente en los países en desarrollo. Las empresas tabacaleras de países desarrollados han conseguido abrir los mercados, anteriormente cerrados, de algunos países en desarrollo.

El documento también examina los vínculos entre las mayores tasas de consumo de tabaco y factores tales como la apertura del comercio y la inversión extranjera directa en la industria tabacalera. Según la conclusión de los autores, una base probatoria cada vez mayor sugiere que la liberalización del comercio puede contribuir a aumentar el consumo de tabaco. Se pudo determinar que los vínculos eran más firmes en los países de ingresos bajos y medianos. Análogamente, se determinó que los mayores niveles de inversión extranjera directa pueden dar lugar a mayores tasas de consumo de tabaco, y que esa inversión puede ser una vía alternativa para acceder a un mercado extranjero con importantes obstáculos al comercio.

Los autores reconocen que las experiencias examinadas en el documento tienden a confirmar la teoría comercial establecida. A ese respecto, la teoría comercial sugiere que la liberalización de los mercados aumenta la competencia y eficiencia en el suministro de los productos a los mercados. Uno de los efectos derivados de la mayor competencia, y también de la reducción de obstáculos al comercio tales como los aranceles aduaneros, es la tendencia a la baja de los precios. En vista de la relación establecida entre el precio de los productos de tabaco y el consumo, la teoría comercial sugiere que la liberalización estimula el consumo mediante la presión a la baja de los precios. Los autores del documento identificaron algunos otros factores que podrían haber causado aumentos en el consumo, entre ellos la mayor mercadotecnia, la proliferación de marcas y la actividad dirigida a sectores de mercado anteriormente no explotados, por ejemplo, mujeres y niños.

Por otra parte, el documento de 2001 señala el riesgo de que la liberalización del comercio pueda menoscabar las medidas de control del tabaco al reducir el margen y la autonomía interna en materia de reglamentación. Más específicamente, las normas que rigen los obstáculos no arancelarios al comercio, entre ellas las recogidas en los acuerdos abarcados por la OMC, podrían limitar la capacidad de las instancias normativas nacionales para aplicar medidas de control del tabaco.

El presente documento, cuyo propósito es actualizar y desarrollar el documento de 2001, se divide en esta introducción (Parte I), tres partes sustantivas (II-IV) y comentarios finales (Parte V). La Parte II proporciona información actualizada sobre los vínculos entre la liberalización del comercio y la inversión, y el control del tabaco. Por una parte, desde 2001 no se han realizado muchas investigaciones empíricas sobre los vínculos entre la liberalización del comercio y la inversión (o la protección interna) y el control del tabaco. Por otra parte, se han adquirido muchas enseñanzas acerca de la permisividad de los acuerdos abarcados por la OMC. Aunque no se ha producido un diluvio de controversias relacionadas con el control del tabaco, otras disputas relacionadas con la salud han contribuido a determinar el grado de autonomía que tienen los Miembros de la OMC para legislar en función del interés público. Por lo tanto, es conveniente examinar el estado actual de la legislación.

Controversias recientes han vuelto a centrar la atención en los efectos de los reglamentos comerciales sobre control del tabaco. Por ejemplo, Indonesia (que no es Parte en el CMCT de la OMS) presentó una reclamación ante la OMC contra los Estados Unidos de América<sup>(4)</sup> (que tampoco es Parte) en relación con las restricciones que este país había impuesto a los cigarrillos aromatizados. Philip Morris (Noruega) también cuestionó la prohibición noruega relativa a la exposición de productos en los puntos de venta, con el argumento de que las medidas violaban el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE).<sup>(5)</sup> En el ámbito del derecho internacional en materia de inversiones, los inversores extranjeros han procurado utilizar los acuerdos internacionales de inversión para cuestionar medidas de reglamentación. Más específicamente, Philip Morris (Suiza) y empresas afines presentaron una denuncia contra el Uruguay. En ella se sostiene que un tratado bilateral de inversión entre Suiza y el Uruguay obliga a este último a derogar las leyes sobre empaquetado y etiquetado e indemnizar a Philip Morris por los perjuicios ocasionados a sus negocios. Philip Morris Limited (Asia) presentó una denuncia similar contra Australia en relación con el empaquetado sencillo de productos de tabaco.

La situación en materia de derecho internacional en relación con el comercio y el control del tabaco ha cambiado significativamente desde 2001. La entrada en vigor del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, en 2005, tuvo importantes repercusiones en la solución de controversias sobre comercio e inversión, que fortalecieron los argumentos en favor de la salud pública. El Convenio y sus instrumentos subsidiarios, por ejemplo las directrices para su aplicación, ofrecen orientación a las instancias decisorias en el contexto de las controversias sobre comercio e inversión y, probablemente se utilizarán en la interpretación de los acuerdos de comercio e inversión. Además, el Convenio establece normas que rigen los conflictos entre el CMCT de la OMS y tratados ulteriores, y de esa forma manifiesta la determinación de las Partes de acordar prioridad al derecho de proteger la salud pública.

La Parte III describe dos medios por los que la industria tabacalera ha tratado de aprovechar los acuerdos de comercio e inversión. En primer lugar, la industria tabacalera esgrime los acuerdos de comercio e inversión en las deliberaciones nacionales sobre la aplicación de medidas de control del tabaco, mediante la presentación de razones unilaterales según las cuales la legitimación de medidas de control del tabaco está prohibida por obligaciones internacionales de comercio e inversión. En segundo lugar, la industria tabacalera sigue utilizando los acuerdos de comercio e inversión como medios para facilitar el acceso a mercados o burlar las reglamentaciones extranjeras.

La Parte IV del documento examina los desafíos para el control del tabaco que siguen planteando en el ámbito nacional los acuerdos de comercio e inversión. Se han identificado dos retos principales. El primero consiste en que los acuerdos de comercio e inversión plantean problemas de coherencia política. La falta de coordinación normativa menoscaba la capacidad de los gobiernos para asegurar la protección de la salud pública y, al mismo tiempo, maximizar los beneficios económicos derivados del comercio y la inversión. El segundo concierne a los argumentos de la industria tabacalera respecto de la legalidad de las medidas con arreglo a las normas internacionales sobre comercio e inversión, que pueden socavar la voluntad política nacional necesaria para aplicar medidas de control del tabaco. Esto ocurre, particularmente, en países cuya capacidad jurídica interna es limitada en materia de legislación sobre comercio e inversión.



## II. ACTUALIZACIÓN DE LOS VÍNCULOS ENTRE COMERCIO, INVERSIÓN Y CONTROL DEL TABACO

La sección 1 presenta un resumen de estudios empíricos que examinan los vínculos entre la liberalización del comercio y la inversión, y el consumo de tabaco. La sección 2 examina los nuevos avances en la esfera del derecho internacional que afectan al control del tabaco.

### A. Actualización de los datos empíricos

En su documento de 2001, Bettcher *et al.* examinaron estudios empíricos de los vínculos entre la liberalización del comercio, la inversión extranjera directa y el consumo de tabaco. Los autores también realizaron su propio estudio sobre esas cuestiones y determinaron que la entrada de importaciones contribuía a incrementar el consumo de tabaco en los países de ingresos bajos y medianos, y que los niveles más altos de inversión extranjera directa provocarían aumentos en el consumo de cigarrillos.(6) Además, reconocieron la necesidad de continuar la investigación empírica en las situaciones específicas de los países y examinar una gama más amplia de variables aclaratorias que reflejasen los cambios en los precios o en las políticas de control del tabaco.(7) No obstante, desde 2001, solo unos pocos estudios han examinado los efectos de la liberalización del comercio y la inversión sobre el consumo de tabaco.

En un estudio de 2005, Chih Cheng Hsu *et al.* trataron de determinar cómo habría sido la prevalencia del consumo de tabaco en Taiwán (China) sin la apertura del mercado.(8) Hsu *et al.* utilizaron cuatro conjuntos de datos para proyectar cómo habría sido el consumo si no se hubiese liberalizado el mercado. Los datos incluían encuestas de consumidores realizadas entre 1965 y 1996 por el Monopoly Bureau; un estudio sobre encuestas sanitarias realizado en 2001; informes anuales sobre consumo de tabaco publicados por la Dirección General de Presupuesto, Contabilidad y Estadísticas durante un período de 40 años; y estadísticas oficiales anuales sobre la producción nacional de cigarrillos y la importación de tabaco basadas en datos de la Dirección General de Aduanas.

Los autores determinaron que si el mercado no se hubiera liberalizado en 1987, las tasas de prevalencia del consumo de tabaco en 2001 habrían sido un 12% y un 202% más bajas para hombres y mujeres, respectivamente.(9) En cuanto a las fumadoras, el aumento fue pequeño en términos

absolutos, pero considerable como porcentaje, debido a la baja prevalencia de consumo de tabaco entre las mujeres en comparación con los hombres. Por ejemplo, entre las mujeres adultas, la prevalencia del consumo de tabaco aumentó del 2,5% en 1986, al 4,2% en 2011.(10) También se observaron aumentos importantes del consumo per cápita tras la apertura del mercado, si bien eran compatibles con las tendencias del mercado antes de la liberalización.

Los datos utilizados por los autores también revelaron que existía un pico en la prevalencia del consumo tras la apertura del mercado, pero que después de unos pocos años la prevalencia reanudó su tendencia a la baja. Esto se atribuyó, parcialmente, a la aplicación de políticas de control del tabaco.

En otro estudio de 2005, C.P. Wen *et al.* examinaron los efectos de la apertura del mercado de cigarrillos en Taiwán (China).(11) Con el mismo conjunto de datos utilizados en el estudio de Hsu *et al.*, los autores observaron que la prevalencia del consumo de tabaco entre los hombres mayores de 35 años había aumentado un 6% en los tres años subsiguientes a la apertura del mercado.<sup>1</sup> Además, los autores observaron que la prevalencia del consumo de tabaco entre las mujeres (en todos los grupos etarios), aumentó del 3,6% en 1986, al 5,1% en 1990. Los autores señalaron otros factores que podrían haber propiciado el aumento de la prevalencia en el consumo de tabaco, incluida la publicidad y la promoción intensivas.(12) y (13) A diferencia del estudio anterior, los autores no trataron de cuantificar los efectos de la apertura del mercado sobre el consumo de tabaco. Antes bien, el enfoque consistió en observar simplemente una correlación entre la apertura del mercado, otros factores tales como la publicidad intensiva, y los aumentos en la prevalencia del consumo de tabaco.

Otro estudio de 2005 sobre el mercado de Taiwán (China), realizado por Chih Cheng Hsu *et al.*(14) obtuvo resultados similares. El estudio determinó que las tasas de prevalencia del consumo de tabaco habían aumentado del 7 al 10% entre los hombres y del 39 al 75% entre las mujeres, en los tres primeros años tras la apertura del mercado. Al igual que el estudio de Wen *et al.*, este estudio permitió observar incrementos respecto de los niveles de prevalencia preexistentes, sin atribuir una relación causal con la apertura del mercado.

En otro estudio de 2005, Anna Gilmore y Martin McKee examinaron la correlación entre la inversión extranjera directa realizada por la industria tabacalera, y los cambios en el consumo de tabaco per cápita en países de la antigua Unión Soviética, entre 1991 y 2000.(15) Los autores observaron incrementos significativos en el consumo de tabaco, en países en que la industria tabacalera participaba en la inversión extranjera directa. En países que recibían importantes inversiones de la industria tabacalera se registraron incrementos de aproximadamente un 56% en el consumo, mientras que en los países que no recibieron esas inversiones el consumo se redujo en un 1%.(16) El estudio, que tenía algunas limitaciones, era de carácter descriptivo y procuraba identificar una correlación entre la inversión extranjera directa y el consumo per cápita, más que una relación causal. Por consiguiente, como lo señalan los autores, el estudio no consideró otras variables, tales

---

1 Los autores se refieren al período 1986-1990, y por lo tanto no queda claro qué años estudiaron exactamente, dado que identifican también el período como un trienio.

como los cambios en los precios, ingresos, publicidad y limitaciones en el suministro de productos de tabaco anteriores a la apertura del mercado (que podrían haber determinado artificialmente un bajo nivel de consumo). Sin embargo, Gilmore y McKee proporcionan una útil descripción de la correlación entre la inversión extranjera directa realizada por la industria tabacalera y la apertura del mercado en la antigua Unión Soviética.

En un estudio conexo realizado anteriormente (2004), Gilmore y McKee examinaron la inversión extranjera directa realizada por la industria tabacalera en la antigua Unión Soviética, como un indicador de la influencia política y económica de las empresas tabacaleras.<sup>(17)</sup> Los autores señalaron una correlación entre esa inversión y las leyes sobre control del tabaco. Se pudo observar que en los países en que la inversión extranjera directa era relativamente grande, las leyes sobre control del tabaco eran débiles. Ese estudio solo señalaba una correlación entre esa inversión y la debilidad de las leyes sobre control del tabaco, pero no trataba de establecer una relación causal. Sin embargo, las observaciones realizadas tendían a corroborar la teoría de que una inversión significativa de la industria tabacalera podría aumentar la influencia política de esa industria en cuestiones concernientes a políticas de salud pública. A raíz de esto, cabe preguntarse por qué se han realizado tan pocos estudios. Sin duda, una respuesta podría aludir a la dificultad de reunir información fiable acerca de las economías en transición. Además, este problema agrava la dificultad de controlar otros factores, entre ellos la publicidad del tabaco o las medidas para el control del tabaco. También se podría argumentar que, posiblemente, otros estudios tendrían un valor predictivo limitado para las instancias normativas, más allá del que ya ofrece la teoría existente. Dicho de otra forma, la bibliografía permite suponer la existencia de un riesgo de que la liberalización del comercio y la inversión extranjera directa puedan alentar la competencia y el consumo en el sector tabacalero y, consiguientemente, la demanda de los consumidores. Los gobiernos podrían basarse en esta conclusión general al formular las políticas específicas de sus propias circunstancias.

## **B. Información actualizada sobre cuestiones jurídicas relativas a la autonomía nacional en materia de reglamentación**

En esta parte se examina la aplicación de disposiciones jurídicas concernientes a acuerdos internacionales de inversión y comercio, y la manera en que esos acuerdos restringen la autonomía de los Estados para aplicar medidas de control del tabaco. En la sección 1 se analiza el grado de autonomía nacional en materia de reglamentación en virtud de las normas de la OMC con referencia a la jurisprudencia y otros acontecimientos ocurridos desde el examen de las cuestiones en el documento de 2001. En la sección 2 se describe la proliferación de acuerdos internacionales de inversión y sus repercusiones para el control del tabaco. En la sección 3 se examina la próxima entrada en vigor del CMCT de la OMS y sus consecuencias para la legislación sobre comercio e inversión. En la sección 4 se identifican otros desarrollos normativos que han afectado de manera más general los ámbitos del comercio y la salud.

En esta parte no se pretende examinar exhaustivamente la manera en que las normas internacionales sobre comercio e inversión se aplican al control del tabaco. Muchas de esas cuestiones se han abordado con más detalle en otros contextos.<sup>(18)</sup> Antes bien, se intenta proporcionar, a un público no especializado, una breve explicación sobre aspectos pertinentes del derecho.

## 1. DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

En el documento de 2001 elaborado por Bettcher *et al.* la Secretaría de la OMC destacó características esenciales de los acuerdos abarcados por la OMC, y de la manera en que se aplicaban a las medidas para el control del tabaco. La Secretaría de la OMC identificó el informe del Grupo Especial del GATT de 1947 en *Thailand – Cigarettes*, y el informe del Órgano de Apelación de la OMC en *European Communities – Asbestos*, como casos ilustrativos de la manera en que la OMC aplica las medidas sanitarias.

Teniendo en cuenta estos trabajos previos, la presente sección ofrece una sucinta explicación de las características del derecho mercantil internacional más pertinentes al control del tabaco. Por lo tanto, se examinan los principales requisitos del GATT, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, el Acuerdo sobre los ADPIC y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.<sup>2</sup> Tras ello se analizan las controversias relacionadas directamente con el control del tabaco y luego se presenta un breve examen de los tratados de libre comercio y las uniones aduaneras.

### i) GATT

El GATT regula el comercio de bienes y concierne prácticamente a todas las medidas para el control del tabaco. Para determinar si una medida es compatible con el GATT es preciso realizar un análisis en dos etapas. La primera consiste en determinar si se ha violado alguna de las prohibiciones del GATT. Cuando se compruebe una violación, será preciso averiguar si un Miembro de la OMC puede invocar un caso de excepción para justificar esa violación. La jurisprudencia registrada desde 2001 sugiere que violar una prohibición del GATT es más difícil de lo que se había pensado, y justificar medidas sanitarias excepcionales es más fácil de lo que se creía.

#### **Las prohibiciones del GATT más pertinentes**

Uno de los principales requisitos del GATT se recoge en el Artículo II, que prohíbe a todo Estado Miembro de la OMC la imposición de derechos aduaneros (aranceles) superiores a los especificados en la Lista de Concesiones del Estado Miembro. Ese requisito es aplicable a todos los bienes, incluidos las hojas de tabaco y diversos tipos de productos de tabaco. No obstante, el requisito es de pertinencia limitada para el control del tabaco, dado que solo restringe la aplicación de aranceles, que son gravámenes discriminatorios sobre los bienes importados.

Las controversias relacionadas con el GATT se centran generalmente en el cumplimiento de otras disposiciones sobre obstáculos no arancelarios al comercio. A ese respecto, la prohibición más importante concierne al llamado principio de no discriminación entre bienes importados y bienes de producción nacional. Con arreglo al párrafo 4 del artículo III del GATT, los Miembros de la OMC no podrán dar a los productos de tabaco importados un trato menos favorable que el concedido a productos similares de origen nacional, en relación con cualquier ley o reglamento que afecte a la venta, compra, transporte, distribución y uso de esos productos. Las leyes no podrán ser discriminatorias en su forma (por ejemplo, discriminación abierta basada en el origen de un producto) ni

<sup>2</sup> Si bien el Acuerdo sobre la Agricultura regulará algunas medidas relacionadas con la hoja de tabaco, por ejemplo las concernientes a subsidios, esas medidas no son esenciales para el control del tabaco y, por consiguiente, no se tratan en el presente documento.

en sus efectos (por ejemplo, cuando se da a los productos importados un trato menos favorable aunque ello no sea evidente en lo inmediato). El párrafo 2 del artículo III establece requisitos similares respecto de las medidas tributarias. El principio de no discriminación se elabora más adelante en el examen de recientes controversias relacionadas con el control del tabaco.

Otra disposición pertinente se recoge en el artículo I del GATT, que rige el trato a la nación más favorecida. Esta disposición establece un principio de no discriminación entre los bienes importados originarios de un Miembro de la OMC o de cualquier otro país, con respecto a los bienes de otro Miembro de la OMC. La disposición es aplicable de forma análoga al artículo III, excepto por el enfoque relativo a la discriminación entre bienes importados de diferentes Miembros de la OMC o de cualquier otro país.

Otra prohibición prevista en el GATT, importante para el control del tabaco, es la relativa a las restricciones cuantitativas recogidas en el párrafo 1 del artículo XI del GATT. Esta disposición prohíbe a los Miembros de la OMC imponer prohibiciones o restricciones a la importación o exportación de productos, aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas. La opinión predominante es que el artículo III limita la aplicación del artículo XI. Más concretamente, los reglamentos internos aplicables a los bienes importados están sujetos a lo dispuesto en el artículo III, mientras que las medidas aplicadas únicamente en las fronteras (solo a los bienes importados) están sujetas a lo dispuesto en el artículo XI.(19) y (20) Esta distinción limita la aplicación del párrafo 1 del artículo XI en lo relativo a las medidas para el control del tabaco, dado que en la mayoría de los casos serán reglamentos internos aplicables en las fronteras.

### **Excepciones previstas en el GATT: Apartado b) del artículo XX**

Si una medida para el control del tabaco violara alguna de estas prohibiciones, el Miembro de la OMC que la aplicase podría tratar de invocar una de las excepciones previstas en el artículo XX del GATT. La excepción más pertinente se encuentra en el apartado b) del artículo XX. En ese apartado se prevé una amplia protección de las medidas sanitarias y se establecen principios pertinentes a otros acuerdos abarcados por la OMC. En su apartado b), el artículo XX establece:

*«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;»*

A tenor del párrafo b) del artículo XX, el análisis se realiza en cuatro fases. En la primera, un grupo especial determina si la medida que viola una prohibición establecida en el GATT se podría describir como una medida de protección de la vida o la salud humana.(21) El Grupo Especial decide si existe un riesgo para la salud y, en caso afirmativo, se evalúa el objetivo de la medida a fin de determinar si la política subyacente de la medida se orienta a reducir ese riesgo.(22) Los riesgos

derivados de los productos de tabaco están claramente identificados, y sugieren que las medidas para el control del tabaco generalmente superarán la primera fase del análisis sin mayores inconvenientes.

En la segunda fase, un grupo especial evalúa y sopesa una serie de factores con el fin de establecer si, en principio, la medida se podría considerar necesaria para los objetivos de reglamentación del Miembro. Los factores evaluados abarcan, aunque no exclusivamente, la contribución de la medida al objetivo de reglamentación, y el efecto restrictivo de la medida sobre el comercio internacional. Este proceso de evaluación y consideración se realiza a la luz de la importancia relativa de los intereses o valores promovidos por la medida en cuestión.(23),(24) y (25)

Cuanto más importantes sean los valores o intereses en juego, más fácil será aceptar la necesidad de una medida específica que los promueva.(26) En la jurisprudencia se ha tratado la protección de la salud humana como vital e importante en grado sumo.(27) y (28)

Si la medida supera esta evaluación preliminar de su necesidad, el Grupo Especial abordará la tercera fase del análisis. Para ello, el Grupo Especial deberá determinar si el objetivo de reglamentación del Miembro también se puede alcanzar mediante alternativas razonablemente disponibles que sean compatibles, o menos incompatibles, con el GATT. Para que una medida pueda ser considerada la menos restrictiva del comercio razonablemente disponible, debe permitir alcanzar el objetivo fijado, ser menos restrictiva del comercio, estar razonablemente disponible para el Miembro, y ser una medida alternativa real y no una medida adicional o complementaria.

Si una medida supera las tres primeras fases del análisis se estimará que es necesaria para proteger la salud o la vida humana. En la cuarta fase del análisis, un grupo especial examina el cumplimiento de la cláusula introductoria (párrafo de encabezamiento) del artículo XX. Esa cláusula impide a los Miembros invocar el apartado b) del artículo XX cuando las medidas en cuestión «se apliquen[...] 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». Lo estipulado en ese encabezamiento tiene la finalidad de impedir que se invoquen de forma abusiva las excepciones previstas en el artículo XX, y guarda relación con la manera en que se aplique una medida, antes que con la forma de la medida en sí misma.(29) El párrafo de encabezamiento es una expresión del principio de buena fe(30) y está inspirado por la idea de que «se debe establecer un equilibrio entre el derecho de un Miembro a invocar una excepción en virtud del artículo XX y el deber de ese mismo Miembro de respetar los derechos convencionales de otros Miembros».(31)

En *Brazil – Retreaded Tyres* se puede encontrar un buen ejemplo de la aplicación del apartado b) del artículo XX.(32) El Brasil invocó ese apartado para justificar una prohibición de la importación de neumáticos recauchutados. El Brasil sostuvo que esos neumáticos tenían una vida útil más corta que los neumáticos nuevos, y que su importación aumentaba la acumulación de residuos de neumáticos en un grado mayor que la importación de neumáticos nuevos. También sostuvo que esos residuos constituían una amenaza para la salud por cuanto proporcionaban un caldo de cultivo para mosquitos portadores de enfermedades y su combustión desprendía sustancias químicas nocivas.(33) El Grupo Especial determinó que la prohibición de la importación contribuía al objetivo



del Brasil de impedir la producción de residuos de neumáticos y que era necesaria para proteger la salud humana. Con esta conclusión, el Grupo Especial rechazaba los argumentos de las Comunidades Europeas a tenor de los cuales las medidas destinadas a eliminar los residuos de neumáticos y alentar el recauchutado en el país ofrecían una alternativa razonable y viable a una prohibición concebida para impedir su acumulación.(34) y (35) El Grupo Especial y el Órgano de Apelación reconocieron una diferencia entre medidas alternativas y medidas adicionales o complementarias. Esto es importante en el contexto del control del tabaco porque sugiere que, difícilmente, los diversos tipos de medidas para el control del tabaco, tales como impuestos y restricciones a la publicidad, se puedan considerar como opciones alternativas.

En última instancia, a pesar de la necesidad de las medidas, el Brasil perdió la controversia. Se determinó que las excepciones vigentes para los neumáticos procedentes de países del MERCOSUR y las derivadas de las órdenes judiciales nacionales menoscababan la eficacia de la medida y contradecían su finalidad. Por lo tanto, se consideró que el enfoque parcial adoptado por el Brasil no era compatible con el encabezamiento del artículo XX. No obstante, el hecho de que la prohibición de la importación de residuos de neumáticos se considerase necesaria para proteger la salud humana demuestra que en el marco del GATT, los miembros de la OMC disponen de suficiente autonomía en materia de reglamentación. El concepto de necesidad desarrollado en la jurisprudencia difiere en gran medida del objetivo político de proteger la salud humana.

Recuadro 1. Invocar la excepción prevista en el apartado b) del artículo XX del GATT

**Paso 1.** ¿Corresponde la medida al ámbito de políticas destinadas a proteger la salud humana?

1. ¿Existe un riesgo para la salud humana?
2. En ese caso, ¿el objetivo de política subyacente en la medida consiste en reducir ese riesgo?

**Paso 2.** El Grupo Especial evaluará y sopesará los factores pertinentes a la luz de la importancia del objetivo de reglamentación, a fin de determinar, en principio, la necesidad.

1. ¿Cuál es la importancia del objetivo de reglamentación?

La jurisprudencia sugiere que la protección de la salud humana es de máxima importancia. (*Comunidades Europeas - Asbestos; Brazil - Retreaded tyres*)

2. ¿En qué grado la medida contribuye al logro del objetivo de reglamentación?

No es necesario demostrar que la medida logra el objetivo de reglamentación. Antes bien, la parte demandada deberá demostrar una relación genuina entre los fines y los medios por los que la medida supone una contribución concreta al logro del objetivo. La evaluación de esa contribución puede ser cuantitativa o cualitativa.

3. ¿De qué manera la medida restringe el comercio?

El Grupo Especial examinará de qué manera la medida viola el GATT, y determinará si ello supone una prohibición completa de la importación o algún resultado menos restrictivo del comercio.

**Paso 3.** ¿Hay medidas menos restrictivas del comercio razonablemente disponibles?

1. ¿Las alternativas propuestas son menos restrictivas del comercio?
2. ¿Las alternativas propuestas permiten alcanzar el nivel de tolerancia al riesgo o de protección fijado por la parte demandada?
3. ¿Las alternativas propuestas son verdaderas alternativas o son, de hecho, medidas complementarias?
4. ¿Las alternativas propuestas están razonablemente disponibles para los Miembros interesados?

**Paso 4.** ¿Se aplica la medida de manera tal que representa un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre países en los que rigen iguales condiciones, o una restricción encubierta al comercio?

1. ¿Los motivos esgrimidos para la aplicación discriminatoria de la medida guardan una relación racional con el objetivo de política o se contraponen a ese objetivo?
2. ¿La falta de relación entre la aplicación de la medida y su objetivo sugiere que la medida se aplica como una restricción encubierta al comercio?

## ii) Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF)

Hasta el presente no se ha planteado en la OMC ninguna controversia en el marco del Acuerdo MSF relacionada con medidas para el control del tabaco. El Acuerdo MSF se aplica a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan, directa o indirectamente, afectar al comercio internacional. La definición de medidas sanitarias y fitosanitarias está limitada de tal manera que el Acuerdo MSF solo se aplicará a una gama muy pequeña de medidas para el control del tabaco. Más específicamente, el Acuerdo MSF solo se podrá aplicar a medidas relacionadas con alimentos y bebidas que contengan nicotina, pero no a otros productos del tabaco.

Dado que el Acuerdo MSF se aplica a un número tan limitado de medidas para el control del tabaco, no se lo examinará a fondo en el presente documento. Sin embargo, cabe señalar algunos puntos importantes relativos a este Acuerdo. El párrafo 2 del artículo 2 exige que todas las medidas sanitarias o fitosanitarias se apliquen en el grado necesario para proteger la salud y la vida de las personas. No obstante, a diferencia del apartado b) del artículo XX del GATT, esta es una obligación que se aplica a todas las medidas sanitarias o fitosanitarias, y no una excepción que se pueda invocar en caso de violación. El párrafo 2 del artículo 2 también obliga a los Miembros de la OMC a velar por que las medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en principios científicos, y que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5 (que se examina más adelante).

El requisito de necesidad estipulado en el párrafo 2 del artículo 2 se complementa también con el artículo 3, que reglamenta la armonización. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, los Miembros de la OMC basarán sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales, cuando existan, salvo disposición en contrario en el Acuerdo.<sup>3</sup> Se considera que las medidas compatibles con esos instrumentos son necesarias para proteger la salud humana y, presumiblemente, coherentes con el Acuerdo MSF (párrafo 2 del artículo 3) y el GATT. Las normas, directrices o recomendaciones internacionales aplicables son las de los órganos específicos enumerados en el Anexo A, entre los cuales el más apropiado es la Comisión del Codex Alimentarius.<sup>4</sup> Ahora bien, hasta el momento de la elaboración del presente documento no existían instrumentos pertinentes a la reglamentación de alimentos o bebidas con nicotina.

El párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF obliga a los Miembros de la OMC a basar sus medidas sanitarias o fitosanitarias en una evaluación de riesgos. De conformidad con el párrafo 7 del artículo 5, ello no es necesario cuando los datos científicos pertinentes sean insuficientes. En ese caso, un Miembro de la OMC podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, en particular información suministrada por la OMS. No obstante, los Miembros que así lo hagan deberán obtener la información adicional necesaria para realizar una evaluación más objetiva de los riesgos y, consiguientemente, examinar la medida en un plazo razonable.

<sup>3</sup> A este respecto, el párrafo 3 del artículo 3 delimita la obligación recogida en el párrafo 1 del artículo 3.

<sup>4</sup> Párrafo 3 del Anexo A del Acuerdo MSF. Además de los organismos específicos, el Comité MSF podrá identificar otras normas individuales pertinentes a los fines del Acuerdo, si bien ninguna de esas normas se ha identificado a los fines del agua o los alimentos con nicotina.

El artículo 7 del Acuerdo MSF también establece algunos requisitos de transparencia que obligan a los Miembros de la OMC a notificarse mutuamente la aplicación de medidas sanitarias o fitosanitarias. En combinación con el Comité MSF, esos requisitos de notificación ofrecen un foro para el examen de las medidas sanitarias o fitosanitarias antes de su aplicación en el ámbito nacional.

### iii) Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (AOTC)

El AOTC se aplica a los reglamentos técnicos abarcados por el Acuerdo MSF. El concepto de «reglamento técnico» se define en el párrafo 1 del anexo 1 del AOTC. En esencia, un reglamento técnico es un requisito obligatorio que determina las características de un producto. Los reglamentos técnicos pueden prescribir que un producto adopte una forma particular, o prohibir que un producto adopte una forma dada. En el contexto del control del tabaco, los reglamentos técnicos incluyen medidas tales como las concernientes a empaquetado y etiquetado, así como la reglamentación de productos, por ejemplo las restricciones impuestas a los productos de tabaco aromatizados.<sup>5</sup>

Los casos decididos con arreglo al AOTC han sido relativamente pocos. Uno de ellos, relativo al control del tabaco es *United States – Clove Cigarettes*, una controversia que se examina más adelante.

El párrafo 2.1 del artículo 2 obliga a los Miembros de la OMC asegurar que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país. Si bien esta disposición se asemeja a los artículos I y III del GATT, el párrafo 2.1 del artículo 2 difiere en que no prevé ninguna excepción sanitaria que se pueda invocar en caso de violación. No obstante, como se destaca en el examen de *United States – Clove Cigarettes*, que figura más adelante, el párrafo 2.1 del artículo 2 se interpreta en consonancia con el derecho a reglamentar.

El párrafo 2.2 del artículo 2 del AOTC obliga a los Miembros de la OMC a asegurar que ningún reglamento técnico restrinja el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, por ejemplo la protección de la salud humana. Esta es una obligación aplicable a todos los reglamentos técnicos y no una excepción que se pueda invocar ante la violación de otra disposición. Al igual que en el Acuerdo MSF, la necesidad se determina, en cierta medida, con referencia a las normas internacionales pertinentes. A ese respecto, el párrafo 2.4 del artículo 2 obliga a los Miembros de la OMC a utilizar las normas internacionales pertinentes como base de los reglamentos técnicos, excepto cuando el uso de esas normas fuera un medio ineficaz o inapropiado para alcanzar los legítimos objetivos perseguidos. Además, el párrafo 2.5 del artículo 2 crea una presunción solo de derecho, de que las medidas sanitarias adoptadas de conformidad con normas internacionales son necesarias para los fines del párrafo 2.2 del artículo 2.

A diferencia del Acuerdo MSF, el AOTC no circunscribe la función de reglamentación a las normas u organismos internacionales específicos tales como la Comisión del Codex Alimentarius. El anexo 1 del AOTC define el concepto de «norma» en los términos siguientes:

<sup>5</sup> Para la definición de reglamentos técnicos, véase el párrafo 1 del anexo 1 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. Véase también el Informe del Órgano de Apelación, *European Commission – Asbestos*, párrafo 67.

Documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

Queda por ver si las directrices, por ejemplo las relativas a la aplicación de los artículos 9, 10 y 11 del CMCT de la OMS, se considerarían normas internacionales. En *United States – Clove Cigarettes*, el Grupo Especial se basó en gran medida en el CMCT de la OMS, pero ninguna parte en una controversia pidió al Grupo Especial que determinara si las directrices parciales de los artículos 9 y 10 se consideraban normas internacionales a los fines del AOTC.

Por último, el párrafo 2.9 del artículo 2 del AOTC establece la obligación de notificar que un Miembro de la OMC aplica un reglamento técnico incompatible con una norma internacional, o que no existe una norma internacional pertinente. Esas obligaciones de notificación solo se aplican si un reglamento técnico pudiera afectar significativamente el comercio de otros Miembros. Los párrafos 9.1 a 9.4 del artículo 2 exigen, entre otras cosas, que los Miembros publiquen un aviso; notifiquen a otros Miembros de la OMC; proporcionen detalles sobre el reglamento propuesto, previa solicitud; prevean un plazo prudencial para formular comentarios; y tengan esos comentarios en cuenta. Estos procedimientos tienen la finalidad de dar a otros Miembros de la OMC la oportunidad de realizar comentarios cuando todavía se puedan introducir cambios en el reglamento técnico. Este diálogo se realiza, parcialmente, en reuniones del Comité OTC.

#### iv) Acuerdo sobre los ADPIC

Las empresas tabacaleras suelen basarse en el Acuerdo sobre los ADPIC para ejercer presión sobre los gobiernos. Los ADPIC establecen normas mínimas para la protección de los derechos de propiedad intelectual, incluidas las marcas. El Acuerdo se aplica a todas las marcas y concierne a las leyes sobre empaquetado y etiquetado de productos de tabaco.

Antes de describir las obligaciones básicas relativas a la protección de las marcas conviene señalar que los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC establecen los objetivos y principios de ese Acuerdo. El artículo 8 reconoce que los Miembros de la OMC pueden adoptar medidas necesarias para proteger la salud pública, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en ese Acuerdo. Esta disposición no introduce una excepción en el Acuerdo. Antes bien, el artículo 8 recoge un principio que se utilizará en la interpretación de disposiciones sustantivas sobre los ADPIC. En resumen, las obligaciones sustantivas relativas a los ADPIC incluyen «flexibilidades». De conformidad con esas flexibilidades, los Miembros de la OMC tienen un importante margen de libertad para aplicar el Acuerdo sobre los ADPIC en el contexto de la legislación nacional. Ese concepto se aborda más adelante en el examen de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública.

El artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los Miembros de la OMC a proteger las marcas de fábrica mediante su registro. Sin embargo, los Miembros podrán denegar el registro por diversos

motivos, entre ellos, cuando el carácter de una marca de fábrica pueda inducir a error al público.<sup>6</sup> Por ejemplo, en el contexto del tabaco, los Miembros de la OMC pueden denegar el registro de una marca engañosa que incluyera términos tales como «ligero» o «suave» para sugerir que un producto puede ser menos nocivo que otros.(36)

De conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC, la titularidad de una marca de fábrica confiere el derecho de impedir que cualesquiera terceros 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 (párrafo 1 del artículo 16). Más específicamente, el Acuerdo sobre los ADPIC no confiere al titular de una marca de fábrica el derecho a utilizarla en operaciones comerciales.(37) Este es un derecho negativo que excluye la utilización por parte de terceros. Esto es importante porque diversas medidas para el control del tabaco limitan el uso de marcas de fábrica. Por ejemplo, el uso de marcas está limitado cuando los Estados prohíben:

- el uso de logotipos o nombres comerciales de productos de tabaco en artículos que no sean productos de tabaco (extensión de marca);
- el uso de descripciones engañosas tales como «ligero» y «suave»; o
- la publicidad, el patrocinio o la promoción de productos de tabaco.

En este contexto general, el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC es la disposición más pertinente. Ese artículo dispone 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». Con frecuencia, las empresas tabacaleras sostienen que el artículo 20 impide la adopción de medidas tales como el empaquetado sencillo y prohíbe descripciones engañosas que también son marcas de fábrica. Sin embargo, no está claro que la disposición se aplique a medidas que simplemente limitan el uso de una marca de fábrica; en todo caso, la disposición solo prohíbe las complicaciones injustificables. Este último punto es importante porque las flexibilidades inherentes al Acuerdo sobre los ADPIC sugieren que las medidas necesarias para proteger la salud humana son justificables y, consiguientemente, lícitas.

En sus solicitudes de consultas con Australia, en relación con el empaquetado sencillo de productos de tabaco, tanto Ucrania como Honduras invocaron algunas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, incluido el artículo 20.(38) Estas son las primeras controversias concernientes al Acuerdo sobre los ADPIC planteadas en la OMC en relación con medidas para el control del tabaco.

## v) Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)

Algunas medidas destinadas al control del tabaco afectan el comercio de servicios. Por ejemplo, las restricciones en materia de publicidad, patrocinio y promoción podrían afectar los servicios de publicidad. Análogamente, las restricciones a la venta de productos de tabaco por medios remotos

---

<sup>6</sup> El párrafo 2) del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC consagra el derecho de denegar el registro por los motivos permitidos con arreglo al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. El artículo 6 *quienquies* B iii) de ese Convenio permite a las Partes denegar el registro de una marca si esta pudiera ser engañosa para el público.

tales como internet, y las medidas de otorgamiento de licencias que restringen la participación en la industria tabacalera, podrían afectar el comercio minorista o la prestación de servicios.

El AGCS concierne a las medidas adoptadas por Miembros de la OMC que afecten el comercio de servicios. A los fines del AGCS, el comercio de servicios se puede realizar con arreglo a una de las cuatro modalidades siguientes:

- suministro transfronterizo (el servicio se suministra desde el territorio de un Miembro al territorio de otro);
- consumo en el extranjero (un consumidor de un Miembro utiliza un servicio en el territorio de otro Miembro);
- presencia comercial (un proveedor suministra servicios mediante una presencia comercial en el territorio de otro Miembro de la OMC); y
- presencia de personas físicas (un proveedor de servicios de un Miembro suministra un servicio por medio de personas físicas de un Miembro presentes en el territorio de otro Miembro).

A diferencia de otros acuerdos abarcados por la OMC descritos anteriormente, las obligaciones previstas en el AGCS dependen, en cierta medida, de la disposición de cada Miembro de la OMC a contraer compromisos específicos. Algunas obligaciones son vinculantes para todos los miembros de la OMC. Por ejemplo, el artículo II del AGCS establece una obligación vinculante para todos los Miembros de la OMC relativa al trato de la nación más favorecida.

Otras obligaciones son vinculantes para los Miembros de la OMC solo en la medida en que un Miembro contraiga compromisos específicos respecto de un sector y un modo de prestación de servicios en particular. Los compromisos específicos contraídos con arreglo al AGCS difieren de un Miembro a otro. En muchos casos, el programa de compromisos específicos de un Miembro también se verá afectado por excepciones que excluyen algunas medidas reglamentarias. Las obligaciones de mayor pertinencia incluyen el trato nacional (no discriminación) previsto en el artículo XVII y el acceso a los mercados con arreglo a lo establecido en el artículo XVI. El artículo VI también impone obligaciones en materia de reglamentación nacional para el suministro de servicios, por ejemplo, mediante requisitos de habilitación y otros procedimientos de aprobación de los compromisos específicos contraídos por los Miembros.

En principio, el concepto de no discriminación explicado anteriormente en el contexto del GATT es similar al del AGCS (aunque este último se aplica a los servicios y a los proveedores de servicios). Por otra parte, las obligaciones de acceso a los mercados previstas en el artículo XVI del AGCS van mucho más allá que las disposiciones del párrafo 1 del artículo XI del GATT, que también se examinó anteriormente. El artículo XVI del AGCS prohíbe la imposición de una serie de restricciones de acceso a los mercados, entre ellas las limitaciones del número de proveedores de servicios, limitaciones al valor total de los servicios suministrados y limitaciones al número total de operaciones de servicio. Esta disposición se interpreta también de manera amplia. Las medidas de carácter cuantitativo, incluida la prohibición total del suministro de un servicio, corresponden al ámbito de la disposición, mientras que la reglamentación de tipo cualitativo no pertenece a ese ámbito.<sup>(39)</sup> Sin embargo, la diferencia entre medidas cuantitativas y reglamentación cualitativa suele ser difícil de determinar.



El artículo XIV del AGCS prevé excepciones generales a las obligaciones antes descritas. Esta disposición es similar a la del artículo XX del GATT; el apartado b) del artículo XX del GATT establece una excepción equivalente a la del apartado b) del artículo XIV del AGCS. Esta disposición se interpreta, mayormente, de manera análoga al apartado b) del artículo XX del GATT. Por lo tanto, aun cuando una medida sea incompatible con una prohibición del AGCS, las excepciones similares a las establecidas en el artículo XX del GATT proporcionan una protección amplia para los Miembros de la OMC que apliquen medidas destinadas a preservar la salud humana.

Si una medida para el control del tabaco supusiera un incumplimiento de algún compromiso específico de un Miembro (una situación que aún no se ha producido), el Miembro que aplique la medida podrá renegociar sus compromisos específicos, siempre que compense a otros Miembros de la OMC por el retiro de su compromiso (AGCS, párrafo 2 del artículo XXI). En negociaciones actuales o futuras concernientes al AGCS, los Miembros de la OMC también podrán considerar la posibilidad de incluir excepciones específicas en sus programas relacionados con medidas para el control del tabaco que pudieran afectar el comercio de servicios.

Las negociaciones en curso orientadas a una mayor liberalización en el marco del AGCS también podrían dar lugar a modificaciones de las obligaciones sustantivas establecidas en el texto del Acuerdo. Por ejemplo, algunos Miembros han propuesto que las disposiciones del artículo VI que rigen la reglamentación interna incorporen el requisito de que los reglamentos sean necesarios para alcanzar un objetivo legítimo, entre ellos la protección de la salud.<sup>7</sup> Esto podría afectar a medidas tales como la habilitación de entidades conectadas a la industria tabacalera, mediante la imposición de nuevas normas que regulen esos tipos de medidas. Consiguientemente las autoridades sanitarias deberían considerar las repercusiones de las actuales negociaciones en el ámbito del AGCS.

#### vi) Reparación y plazo para presentar una denuncia con arreglo a las normas de la OMC

Si se determinara que una medida adoptada por un Miembro de la OMC viola un acuerdo abarcado por la Organización, un grupo especial recomendará que el Miembro en cuestión adecue la medida a los requisitos del acuerdo de que se trate.<sup>8</sup> Cuando fuera imposible cumplir inmediatamente la recomendación del Órgano de Solución de Diferencias, se otorgará un plazo razonable para el cumplimiento.<sup>9</sup> Si tras la expiración de ese plazo razonable un Miembro aún no hubiese aplicado las normas, la parte reclamante podrá obtener autorización para suspender las concesiones (obligaciones que la parte demandante ha contraído con la parte demandada en virtud de instrumentos de la OMC) a partir de ese momento.<sup>10</sup> El Órgano de Solución de Diferencias autorizará la suspensión de concesiones, solo hasta un nivel equivalente al grado en que los beneficios de la parte reclamante relativos al Acuerdo se vean neutralizados u obstaculizados como consecuencia de la violación inicial.

Aunque los Miembros de la OMC tienen la obligación general de cumplir de buena fe sus obligaciones dimanantes del tratado,<sup>11</sup> las consecuencias de la violación son una consideración importante en

7 Para más información, véase [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/s\\_negs\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/s_negs_e.htm) (visitado el 27 de febrero de 2012).

8 Véase el párrafo 1 del artículo 19 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

9 Véase el párrafo 3) del artículo 21 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

10 Véanse los párrafos 1) y 2) del artículo 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

11 A ese respecto, véase el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en la que se codifica el principio de *pacta sunt servanda*.

el proceso normativo. No existe ningún mecanismo independiente de aplicación, lo que significa que la aplicación se rige por consideraciones diplomáticas y análisis jurídico. Además, el hecho de que soluciones tales como la suspensión de concesiones solo se apliquen con perspectiva de futuro (desde el momento de la autorización hacia adelante), limita el riesgo al que se expone un Miembro con la aplicación de una medida.

#### vii) Controversias recientes relativas al control del tabaco planteadas en la OMC

Desde 2001 se han planteado en la OMC algunas controversias relacionadas con productos del tabaco. *Dominican Republic – Importation and Sale of Cigarettes* concernía a medidas aplicadas para combatir el comercio ilícito. *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines* incumbía a la valoración en aduana de los cigarrillos, que afecta al régimen fiscal tailandés para productos de tabaco, aunque no pone directamente en entredicho la autonomía de los Miembros para gravar los productos de tabaco. *United States – Clove Cigarettes* concierne a medidas que restringen los productos de tabaco aromatizados y representa un cuestionamiento directo a la legitimidad de una medida para el control del tabaco. Además, si las solicitudes presentadas por Ucrania y Honduras para celebrar consultas con Australia en relación con el empaquetado sencillo dan lugar al establecimiento de un grupo especial, se podría interpretar que esas solicitudes son un cuestionamiento directo a la legitimidad de otra medida diferente para el control del tabaco.

#### ***Dominican Republic – Importation and Internal Sale of Cigarettes***

En esta controversia, Honduras presentó una denuncia contra la República Dominicana en relación con un requisito para que las estampillas fiscales de los cigarrillos se colocasen en el punto de importación, en la República Dominicana. Este requisito suponía que los productos importados tendrían que desembalsarse para estampillarlos en el punto de importación, lo que incrementaría el costo de producción y menoscabaría la capacidad de los fabricantes extranjeros para controlar la presentación de sus productos. En cambio, los fabricantes nacionales podrían cumplir el requisito en el lugar de fabricación. Se sostuvo que esta medida daba lugar a un trato menos favorable para los cigarrillos importados con arreglo al párrafo 4 del artículo III del GATT.(40)

Sin embargo, otra denuncia presentada por Honduras se desestimó en virtud del párrafo 4 del artículo III. Honduras sostuvo que la exigencia de un aval de importación (destinado a garantizar el pago de impuestos) era un requisito menos favorable para los productos importados, porque la mayor proporción del mercado de bienes importados implicaba que los importadores debían pagar avales más elevados que los productores nacionales, dado que estos tenían una proporción más pequeña del mercado (y cuotas tributarias menores). En ese contexto, el Grupo Especial determinó que el hecho de que un importador tuviera la mayor parte del mercado de un producto afectado negativamente, no significaba que una medida fuera necesariamente menos favorable a los productos importados. Por consiguiente, se desestimó esta segunda denuncia con arreglo al párrafo 4 del artículo III.(41)

En su defensa, la República Dominicana invocó el apartado d) del artículo XX del GATT, que permite adoptar las medidas necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos (por ejemplo, leyes tributarias) que no sean incompatibles con las disposiciones del GATT. Honduras sostuvo que existían medios menos restrictivos, tales como suministrar estampillas seguras a los

exportadores de modo que las pudieran colocar, con la supervisión de un agente de la República Dominicana, en el lugar de producción. La República Dominicana no consiguió demostrar que esa no sería una medida alternativa razonable disponible.(42)

Las repercusiones de esta controversia en las medidas para el control del tabaco destinadas principalmente a proteger la salud humana son mínimas. El resultado de la controversia es más pertinente a las medidas dirigidas al comercio ilícito de productos de tabaco. La controversia sugiere que los Miembros de la OMC deberían esforzarse por asegurar que las medidas dirigidas a puntos específicos de la cadena de suministros sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes tributarias y de otra índole.

### ***Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines***

En esta controversia, Filipinas presentó una denuncia contra Tailandia en relación con las condiciones impuestas a los cigarrillos Philip Morris importados de Filipinas.(43) La denuncia no ponía en entredicho la legitimidad de las medidas de control del tabaco adoptadas por Tailandia, pero se relacionaba con medidas que regulan el sistema tributario tailandés en lo concerniente a productos de tabaco.

Algunas de las denuncias se referían al procedimiento de valoración en aduana, que tiene lugar en el momento de la importación del producto. Si los aranceles aduaneros y otros gravámenes se basan en el valor de un producto (o sea, impuestos *ad valorem*), la valoración en aduana sirve de base para determinar el impuesto correspondiente. Filipinas sostuvo que Tailandia sobrevaloraba los cigarrillos importados desde Filipinas, lo que daba lugar al pago de aranceles y gravámenes más altos que lo debido. La aduana de Tailandia había rechazado el valor de transacción de los cigarrillos (el precio de compra de los cigarrillos importados) como base para la valoración. Tailandia sostuvo que el exportador y el importador, dos empresas de Philip Morris, eran partes relacionadas, y que el valor de transacción era inferior al valor verdadero de otros cigarrillos importados. El Grupo Especial coincidió con Filipinas y determinó que las autoridades aduaneras de Tailandia habían violado algunas obligaciones de procedimiento que establecen la manera de valorar los artículos importados.

Otras denuncias se relacionaban con la administración del sistema tributario tailandés para los productos de tabaco. Una denuncia concernía al cálculo de la base imponible a los fines del impuesto al valor agregado en Tailandia. Se pudo determinar que, en algunas ocasiones, Tailandia se había apartado de su metodología general para calcular la base imponible correspondiente a los cigarrillos importados. El Grupo Especial comprobó que debido a esa circunstancia se había incrementado la suma de los gravámenes impuestos a los cigarrillos importados, pero no a los de los cigarrillos nacionales, lo que constituía una violación del párrafo 2 del artículo III del GATT.(44)

Filipinas también cuestionó las leyes tailandesas que gravaban con impuesto al valor agregado a los revendedores de cigarrillos importados, pero no a los de cigarrillos nacionales. Mientras que los cigarrillos nacionales se beneficiaban de una exención automática, un revendedor estaba obligado a solicitar un reembolso de los impuestos correspondientes a las ventas de cigarrillos importados. Filipinas sostuvo que ello constituía una violación del párrafo 2 de artículo III del GATT, dado que

los cigarrillos importados tenían gravámenes mucho más altos que los cigarrillos nacionales. El Grupo Especial estuvo de acuerdo, y juzgó que la obligación de procedimiento de solicitar un reembolso generaba un riesgo de discriminación que bastaba para configurar una violación del párrafo 2 del artículo III del GATT.(45) A ese respecto, existía un riesgo de no reembolso si un revendedor no podía proporcionar la documentación necesaria. El Grupo Especial también determinó que la carga del procedimiento adicional exigido para solicitar un reembolso violaba el párrafo 4 del artículo III del GATT. En ese contexto, el Grupo Especial consideró que el trato menos favorable acordado a los productos importados se basaba en su origen extranjero.(46)

Tailandia procuró insistir en que esas medidas eran necesarias para asegurar el cumplimiento de las leyes tributarias con arreglo al apartado d) del artículo XX del GATT. No obstante, el Grupo Especial dictaminó que los requisitos administrativos en cuestión no eran compatibles con el párrafo 2 del artículo III del GATT y, en consecuencia, no se podía invocar el apartado d) del artículo XX. Este aspecto de la decisión del Grupo Especial fue revocado por el Órgano de Apelación, si bien en última instancia ese órgano sostuvo que Tailandia no había fundamentado su defensa en el apartado d) del artículo XX.(47)

En el contexto del control del tabaco, este resultado podría presionar a la baja el precio de los cigarrillos importados en Tailandia. La controversia también plantea cuestiones acerca de la capacidad de los Miembros de la OMC para realizar valoraciones en aduana cuando se trata de transacciones entre las partes implicadas. Sin embargo, en el caso de esta controversia, las repercusiones más amplias sobre el control del tabaco son aparentemente ínfimas. El resultado de la controversia parece ser bastante específico del modo en que se aplicaron las leyes tailandesas. Además, las cuestiones relativas a la valoración en aduana podrían ser menos significativas si en virtud de un régimen tributario para productos de tabaco se utilizaran principalmente impuestos específicos, que si se aplicaran impuestos *ad valorem*.

### **United States – Clove Cigarettes<sup>12</sup>**

En *United States – Clove Cigarettes*, Indonesia presentó una denuncia contra los Estados Unidos en relación con una ley que prohíbe que los cigarrillos contengan ingredientes característicos del aroma o el humo del tabaco, salvo mentol o tabaco.(48) Entre otras cosas, Indonesia sostuvo que la ley dispensa a los cigarrillos de clavo indonesios un trato menos favorable que a los cigarrillos con mentol originarios de los Estados Unidos, en violación del párrafo 2.1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (AOTC) y del párrafo 4 del artículo III del GATT. Indonesia también sostuvo que la medida no era necesaria para alcanzar ningún objetivo legítimo, como podría ser la protección de la vida o la salud humana, y que, consiguientemente, constituía una violación del párrafo 2.2 del artículo 2 del AOTC y no era justificable con arreglo al apartado b) del artículo XX del GATT 1994.

12 El resumen de esta controversia está adaptado de *Tobacco product regulation and the WTO: US – Clove Cigarettes* [documento informativo de 12 de septiembre de 2011]. Washington, D.C., O'Neill Institute for National and Global Health Law, 2011 y *Tobacco product regulation and the WTO: Appellate Body Report, US – Clove Cigarettes* (disponible en [http://www.law.georgetown.edu/oneillinstitute/documents/O%27Neill%20Briefing\\_TobaccoProductRegulation.pdf](http://www.law.georgetown.edu/oneillinstitute/documents/O%27Neill%20Briefing_TobaccoProductRegulation.pdf), visitado el 11 de abril de 2012).

Los Estados Unidos argumentaron que la medida no era discriminatoria y que la ley se basaba en una distinción entre cigarrillos con clavo y cigarrillos con mentol, fundamentada en motivos sanitarios (y no en el origen de los productos). Más específicamente, los Estados Unidos sostuvieron que los cigarrillos con clavo eran un producto consumido desproporcionadamente por los jóvenes, mientras que los cigarrillos con mentol despertaban el interés de fumadores jóvenes y adultos en proporciones similares, y decenas de millones de adultos los fumaban habitualmente en los Estados Unidos. Después de que los Estados Unidos presentaran sus dos primeras alegaciones por escrito al Grupo Especial, el Comité Consultivo Científico sobre Productos de Tabaco emitió un informe en el que afirmaba que la disponibilidad de cigarrillos con mentol aumenta la iniciación entre los jóvenes.(49)

Los Estados Unidos también sostuvieron que existía una diferencia reglamentaria entre los cigarrillos con clavo y mentol, porque el nivel de consumo de mentol en los Estados Unidos implica que prohibir el mentol podría generar riesgos importantes de comercio ilícito, así como problemas para el sistemas de salud de los Estados Unidos (en vista de las propiedades adictivas de la nicotina).

Según se ha señalado, el párrafo 4 del artículo III del GATT 1994 también establece un principio de no discriminación respecto de la reglamentación interna. Para confirmar una violación del párrafo 4 del artículo III se deben cumplir tres condiciones. Una medida deberá relacionarse con cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de los productos. En segundo lugar, los productos importados y nacionales en cuestión se considerarán comparables. Por último, los productos importados en cuestión deberán recibir un trato menos favorable que el acordado a productos nacionales similares. La limitada jurisprudencia aplicable al AOTC obligó al Grupo Especial a elaborar algunas conclusiones preliminares sobre legislación relativa a la aplicación del párrafo 2.1 del artículo 2. Al hacerlo, el Grupo Especial comparó el AOTC con el GATT 1994 y se basó en la jurisprudencia de este último.

Aunque los elementos del párrafo 2.1 del artículo 2 y del párrafo 4 del artículo III son similares, el Grupo Especial consideró que se debía adoptar un enfoque diferente respecto del párrafo 2.1 del artículo 2. A tenor del párrafo 4 del artículo III, la similitud de los productos está determinada por la magnitud de su relación de competencia. En cambio, el Grupo Especial concluyó que el análisis de similitud concerniente al párrafo 2.1 del artículo 2 debería estar influenciado por el objetivo de reglamentación fijado.(50) Dicho de otra manera, el Grupo Especial intentó determinar si los productos eran comparables en cuanto a sus efectos sobre los fumadores jóvenes (el riesgo que los Estados Unidos estaban tratando de prevenir).

En relación con los hechos, el Grupo Especial concluyó que los cigarrillos con clavo y los cigarrillos con mentol eran similares en lo concerniente al objetivo de reglamentación fijado. El Grupo Especial determinó que cada tipo de cigarrillos aporta un aroma característico que atenúa la aspereza del tabaco, y que todos son atractivos para los jóvenes.(51) Al elaborar su conclusión, el Grupo Especial consideró que las pruebas presentadas por las partes en relación con los gustos y hábitos de los fumadores jóvenes en los Estados Unidos no podían servir de base para determinar la proporción de mercado.(52) En vez de ceñirse a las pruebas presentadas respecto de la proporción de mercado para determinar si los productos eran comparables, el Grupo Especial se basó en el informe



del Comité Consultivo Científico sobre Productos de Tabaco, en la labor de un comité consultivo científico de la OMS y en las directrices parciales relativas a los artículos 9 y 10 del CMCT de la OMS.

El Grupo Especial extrajo también algunas conclusiones acerca de la manera en que se aplicaba el criterio de trato menos favorable en virtud del párrafo 2.1 del artículo 2. El Grupo declaró que no era suficiente que Indonesia demostrara que la medida afectaba la competencia entre los cigarrillos con clavo importados y los cigarrillos con mentol nacionales, en detrimento de los primeros. Indonesia también debía demostrar que los efectos adversos para los cigarrillos con clavo guardaban relación con el origen extranjero del producto.<sup>(53)</sup> El Grupo Especial insistió en que el trato menos favorable no se determina únicamente demostrando que algunos productos importados reciben un trato menos favorable que algunos productos nacionales.<sup>(54)</sup> No obstante, sobre la base de los hechos, el Grupo Especial consideró que se cumplía el requisito para afirmar que el trato era menos favorable. El Grupo Especial observó que la amplia mayoría de las exportaciones de cigarrillos de Indonesia a los Estados Unidos estaban prohibidas.<sup>(55)</sup> Dado que el Grupo Especial había concluido previamente que la excepción del mentol no se basaba en que el mentol entrañara riesgos diferentes para la salud humana que el clavo, los Estados Unidos se vieron obligados a basar su argumentación en que el trato diferencial del clavo y el mentol obedecía al riesgo de comercio ilícito y riesgos para el sistema de salud de los Estados Unidos, y no al origen extranjero del producto. El Grupo Especial desestimó esta alegación y concluyó que el objeto del párrafo 2.1 del artículo 2 «se frustraría si se permitiera a los Miembros excluir sus productos nacionales de la aplicación de esos reglamentos a fin de evitar posibles costos que en otro caso se derivarían».<sup>(56)</sup>

El Grupo Especial examinó también los argumentos de Indonesia en relación con el párrafo 2.2 del artículo 2 del AOTC. Como en el caso del párrafo 2.1 de ese artículo, la limitada jurisprudencia relativa al párrafo 2.2 del artículo 2 obligó al Grupo Especial a elaborar algunas conclusiones de derecho preliminares. El Grupo Especial observó que el enfoque adoptado en el análisis del apartado b) del artículo XX del GATT es apropiado para el párrafo 2.2 del artículo 2.<sup>(57)</sup>

En primer lugar, el Grupo Especial realizó un examen para determinar si Indonesia había demostrado que la prohibición de los cigarrillos con clavo excedía el nivel de protección deseado por los Estados Unidos. El Grupo Especial concluyó que Indonesia no había aportado pruebas suficientes para establecer el nivel de protección efectivamente fijado por los Estados Unidos.<sup>(58)</sup> Sobre esta base, el Grupo Especial no contaba con pruebas suficientes para afirmar que la medida excedía el nivel de protección deseado.

En segundo lugar, el Grupo Especial realizó un examen para determinar si Indonesia había demostrado que la prohibición de los cigarrillos con clavo no suponía ninguna contribución material al objetivo de reducir el consumo de tabaco entre los jóvenes. Al rechazar el argumento de Indonesia, el Grupo Especial procuró determinar si el número de jóvenes que fumaban cigarrillos con clavo era significativo. Los datos aportados por los Estados Unidos y por Indonesia sobre esta cuestión son contradictorios. Los datos suministrados por los Estados Unidos sugieren que la tasa de jóvenes que fuman cigarrillos con clavo es más alta que lo sugerido en los datos facilitados por Indonesia. En la evaluación de las pruebas, el Grupo Especial declaró que «los argumentos de las partes muestran que las pruebas obtenidas a partir de estudios y presentadas al Grupo Especial pueden



interpretarse de forma diferente. Sin embargo, aunque aceptáramos las cifras de Indonesia, dichas cifras no demuestran que el número de jóvenes que fuman cigarrillos de clavo de olor es insignificante».(59)

Asimismo, el Grupo Especial se abocó a determinar si las pruebas científicas respaldaban el argumento de Indonesia, a tenor del cual la prohibición de cigarrillos con clavo no desalentaría el consumo de tabaco entre los jóvenes. Al rechazar el argumento de Indonesia, el Grupo Especial concluyó que «se trata de una medida que refleja verdaderamente una opinión como mínimo mayoritaria, si no unánime».(60) Tras mencionar pruebas científicas pertinentes, el Grupo Especial declaró que las directrices parciales sobre la aplicación de los artículos 9 y 10 del CMCT de la OMS respaldaban su punto de vista. El Grupo Especial citó las directrices parciales basadas en los mejores datos científicos disponibles y en la experiencia de las Partes, antes de observar que esas directrices «demuestran la existencia de un consenso creciente entre la comunidad internacional sobre la conveniencia de fortalecer las políticas de control del tabaco mediante una reglamentación del contenido de los productos de tabaco, incluidos los aditivos que aumentan el atractivo y la palatabilidad de los cigarrillos».(61)

En tercer lugar, el Grupo Especial trabajó para determinar si Indonesia había demostrado que existían medidas alternativas menos restrictivas del comercio que contribuirían de manera similar al logro del nivel de protección que trataban de alcanzar los Estados Unidos. A ese respecto, el Grupo Especial concluyó que Indonesia se limitaba a enunciar numerosas medidas para el control del tabaco como alternativas, pero no demostraba que esas medidas contribuyeran de manera equivalente al logro del nivel de protección que trataban de alcanzar los Estados Unidos.(62) Además, el Grupo Especial observó que muchas medidas para el control del tabaco ya se habían introducido en los Estados Unidos, lo que sugiere que las medidas propuestas por Indonesia podrían ser complementarias más que alternativas.(63) Por último, el Grupo Especial observó que «la prohibición de la venta de cigarrillos aromatizados es efectivamente una de las medidas que se recomiendan actualmente en las Directrices parciales de la OMS».(64)

En síntesis, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que Indonesia no había demostrado que la medida adoptada por los Estados Unidos era más restrictiva del comercio que lo necesario para proteger la salud humana con arreglo al párrafo 2.2 del artículo 2.

Los Estados Unidos cuestionaron las conclusiones del Grupo Especial en lo concerniente a discriminación, de conformidad con el párrafo 2.1 del artículo 2 del AOTC, y a otras cuestiones de procedimiento que no se abordan en el presente documento. Indonesia no recurrió las conclusiones del Grupo Especial relativas al párrafo 2.2 del artículo 2. El Órgano de Apelación desestimó una apelación de los Estados Unidos en relación con el párrafo 2.1 del artículo 1, con lo que ratifica la conclusión del Grupo Especial sobre el carácter discriminatorio de la ley en cuestión.

Con respecto al concepto de similitud, el Órgano de Apelación siguió el enfoque adoptado en el marco del GATT, y subrayó que la determinación de la similitud con arreglo al párrafo 2.1 del artículo 2 era «una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos».(65) Por consiguiente, el Órgano de Apelación rechazó el enfoque previo del Grupo Especial consistente en determinar si los productos eran similares en cuanto al objetivo de

reglamentación perseguido. De ese modo, el Órgano de Apelación reafirmaba el enfoque desarrollado en *EC – Asbestos*, a tenor del cual los riesgos divergentes que pudieran presentar algunos productos eran pertinentes únicamente para determinar la competitividad entre esos productos. O sea que el hecho de que algunos productos presenten riesgos divergentes para la salud no significará, en sí mismo, ni necesariamente, que los productos no son similares.

En su examen de productos similares, el Órgano de Apelación efectuó algunas observaciones pertinentes para determinar si, ordinariamente, los productos de tabaco pertenecientes a diferentes categorías de productos se considerarían similares. En primer lugar, el Órgano de Apelación reconoció que la satisfacción de una adicción a la nicotina es un uso final común a los cigarrillos con clavo y con mentol. En segundo lugar, al examinar la pertinencia de los gustos y hábitos de los consumidores, el Órgano de Apelación observó que no era necesario demostrar que los productos fueran sustituibles para todos los consumidores. Por el contrario, si los productos son fácilmente sustituibles entre sí para unos consumidores pero para otros no, ello podría indicar que los productos son similares.<sup>(66)</sup> Por ejemplo, el hecho de que una categoría de productos sea particularmente atractiva para los niños puede no ser importante con respecto a la similitud, si los niños utilizan esa categoría de productos de forma intercambiable con otra categoría de productos de tabaco.

De hecho, el Órgano de Apelación confirmó la conclusión del Grupo Especial, según la cual los cigarrillos con clavo y los cigarrillos con mentol eran similares a los fines de esa controversia.<sup>(67)</sup> Con respecto al elemento relativo al trato menos favorable, el Órgano de Apelación elaboró un ensayo orientado a armonizar el derecho a reglamentar con la obligación de no discriminar.<sup>(68)</sup> El Órgano de Apelación insistió en que el elemento relativo al trato menos favorable no se determina solo por el perjuicio ocasionado a algunos productos importados.<sup>(69)</sup> A ese respecto, el Órgano de Apelación declaró que «no se debería interpretar que el párrafo 1 del artículo 2 prohíbe todo efecto perjudicial para las oportunidades de competencia de las importaciones cuando ese efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas».<sup>(70)</sup> Con el fin de determinar si este era el caso, los grupos especiales deberán investigar «el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio, y, en particular, si ese reglamento técnico es imparcial».<sup>(71)</sup>

A la luz de esa comprobación, el Órgano de Apelación confirmó la conclusión del Grupo Especial según la cual la ley da lugar a un trato menos favorable, contrario al párrafo 2.1 del artículo 2. El Órgano de Apelación observó que los productos prohibidos eran, principalmente, cigarrillos con clavo procedentes de Indonesia, mientras que los productos permitidos eran, en su mayoría, cigarrillos mentolados de producción nacional.<sup>(72)</sup> Además, el Órgano de Apelación declaró que no estaba convencido de que el menoscabo de las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor importados derivase realmente de una distinción reglamentaria legítima.<sup>(73)</sup> El Órgano de Apelación se basó en las conclusiones del Grupo Especial, según las cuales tanto los cigarrillos mentolados como los de clavo encubrían la aspereza del tabaco y que “los cigarrillos mentolados tienen la misma característica del producto que, desde la perspectiva del objetivo declarado del artículo 907(a)(1)(A), justificó la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor”.<sup>(74)</sup> El Órgano de Apelación también rechazó el argumento de que los riesgos planteados al sistema de salud de los Estados Unidos, así como en relación con el comercio ilícito (si se prohibiera el mentol) legitimaban

una distinción reglamentaria entre los cigarrillos con clavo y los mentolados. Específicamente, el Órgano de Apelación declaró: «no resulta claro que los riesgos que los Estados Unidos alegan minimizar permitiendo que los cigarrillos mentolados permanezcan en el mercado se materializaran en caso de prohibirse los cigarrillos mentolados, en la medida en que los cigarrillos ordinarios siguieran en el mercado».(75)

Las repercusiones de esta controversia concerniente al control del tabaco son diversas. Por una parte:

- El resultado de la controversia solo es vinculante para los Estados Unidos e Indonesia.
- El resultado fue específico de ese caso, dado que la controversia se resolvió sobre la base de motivos característicos de la forma parcial de reglamentación aplicada por los Estados Unidos, y no porque la prohibición de una categoría específica de productos de tabaco fuera más restrictiva del comercio que lo necesario para proteger la salud humana. Consiguientemente, el resultado no impide que otros Miembros de la OMC apliquen reglamentos no discriminatorios relativos a productos de tabaco.
- El análisis realizado por el Grupo Especial con arreglo al párrafo 2.2 del artículo 2 sugiere que, por lo general, será difícil que una parte reclamante puede demostrar que una medida adoptada por otro Miembro es más restrictiva del comercio que lo necesario para proteger la salud humana.
- El informe del Grupo Especial basó su análisis en el CMCT de la OMS y sus Directrices Parciales para la Aplicación de los Artículos 9 y 10.
- El Órgano de Apelación procuró elaborar una prueba en relación con el párrafo 2.1 del artículo 2, que permitiera equilibrar el derecho a reglamentar con las obligaciones de no discriminación.

Por otra parte, el enfoque relativo a la similitud adoptado por el Órgano de Apelación sugiere que, por lo general, los productos de tabaco se considerarán similares. En consecuencia, en lo concerniente a las reglamentaciones de productos que afectan principalmente a los productos importados, el problema consistirá en determinar si los efectos relativos a las oportunidades de competitividad de esos productos se deben exclusivamente a distinciones normativas legítimas.

### viii) Tratados de libre comercio y uniones aduaneras

Si bien el Acuerdo sobre la OMC es el principal instrumento multilateral en materia de comercio internacional, los tratados de libre comercio son cada vez más comunes. Los tratados de libre comercio suelen ser de carácter bilateral o regional, y exigen la supresión de prácticamente todas las reglamentaciones restrictivas del comercio (por ejemplo, los aranceles aduaneros) entre los territorios participantes.<sup>13</sup> De esta manera, los tratados de libre comercio pueden acordar trato preferencial a los bienes originarios del territorio de las partes, porque esos bienes pueden ingresar sin aranceles o con aranceles más bajos que los bienes procedentes del territorio de otros Miembros de la OMC.

Por lo general, los tratados de libre comercio establecen normas que rigen los obstáculos no arancelarios al comercio similares a las previstas en los acuerdos abarcados por la OMC. Sin embargo, en algunos casos, esos tratados imponen restricciones más rigurosas a la reglamentación nacional. Esto se aprecia muy frecuentemente en relación con los derechos de propiedad intelectual. Algunos tratados de libre comercio incorporan las disposiciones denominadas ADPIC-plus, en virtud de las

<sup>13</sup> Para una definición más detallada véase el apartado b) del párrafo 8 del artículo XXIV del GATT.

cuales imponen requisitos adicionales de protección de los derechos de propiedad intelectual que limitan la flexibilidad de las Partes Contratantes para abordar cuestiones tales como el acceso a los medicamentos esenciales. Además, estos tratados suelen incorporar normas que rigen la protección de las inversiones extranjeras, una cuestión que se examina en la siguiente sección del presente documento.

Las uniones aduaneras son una forma más profunda de integración económica entre los Estados. Esas uniones entrañan la formación de un único territorio aduanero entre dos o más Estados. Al igual que los tratados de libre comercio, se suprimen prácticamente todas las reglamentaciones restrictivas del comercio entre los territorios abarcados. Además, los territorios de una unión aduanera aplican básicamente los mismos requisitos (entre ellos los aranceles aduaneros) a la importación de bienes procedentes de territorios que no integren la unión.<sup>14</sup> La Unión Europea es un ejemplo destacado de unión aduanera.

El riesgo de que la liberalización estimule la demanda de productos de tabaco también existe en el contexto de la concertación de un tratado de libre comercio o la constitución de una unión aduanera. Análogamente, existe el riesgo de que un acuerdo limite la autonomía de un Estado en la esfera normativa. Este riesgo se puso de manifiesto en una denuncia presentada por Philip Morris contra Noruega.

Noruega es Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE), un tratado de libre comercio que extiende a Noruega partes de la legislación de la Unión Europea sobre libre circulación de mercancías. Philip Morris Noruega presentó una denuncia ante el Tribunal de Distrito de Oslo porque consideró que las prohibiciones noruegas sobre exposición de productos de tabaco en el punto de venta violaban las obligaciones de Noruega. El Tribunal de distrito de Oslo solicitó una opinión consultiva al Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), que tiene atribuciones para asesorar en lo relativo a la aplicación del Acuerdo EEE. En esencia, las dos cuestiones planteadas ante el Tribunal de la AELC eran: 1) determinar si una prohibición de exposición en el punto de venta constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa al libre movimiento de mercancías, y 2) en caso afirmativo, determinar si una prohibición sería apropiada y necesaria para proteger la salud pública.

En lo concerniente a la primera cuestión, el Tribunal de la AELC consideró que «una prohibición de exhibición visual...constituye una medida cuyo efecto equivale a una restricción cuantitativa de las importaciones en el sentido del artículo 11 del Acuerdo EEE si, de hecho, la prohibición afecta la comercialización de productos importados de otros Estados del Espacio Económico Europeo en mayor grado que la de productos importados que hasta hace muy poco tiempo se producían en Noruega». En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal de la AELC concluyó que incumbía al tribunal nacional «identificar los objetivos que realmente se persiguen con la legislación en cuestión, y decidir si el objetivo de salud pública consistente en reducir el consumo de tabaco por parte del público en general se puede alcanzar con medidas menos restrictivas que la prohibición de la exposición visual de productos de tabaco».

---

14 Para una definición más detallada véase el apartado a) del párrafo 8 del artículo XXIV del GATT.

Aunque aún no se conoce su resultado, esta denuncia es un ejemplo de los medios por los que los acuerdos ajenos al ámbito de la OMC también son pertinentes para el control del tabaco.

#### ix) Medidas que pueden adoptar las instancias decisorias para proteger las medidas orientadas al control del tabaco

Del análisis precedente se desprende que existen algunas medidas que las instancias decisorias pueden adoptar para minimizar el riesgo de incumplimiento de las normas de la OMC. La medida más obvia consiste en buscar el asesoramiento jurídico de un especialista en normas de la OMC durante la elaboración de nuevas medidas para el control del tabaco. La asistencia podría proceder de dependencias gubernamentales o de fuentes externas. Además, algunas medidas específicas pueden minimizar el riesgo de discriminación y maximizar la posibilidad de corroborar la necesidad de una medida.

Con respecto a las disposiciones relativas a discriminación, es conveniente recopilar información actualizada sobre la composición del mercado nacional del tabaco. Esa información se podría utilizar para determinar de qué manera una medida propuesta podría afectar a los productos de tabaco importados, en comparación con los nacionales. Más importante aún, cuando una medida propuesta para el control del tabaco pueda dar lugar a un trato diferente entre dos productos, será conveniente asegurarse de que existen motivos reglamentarios legítimos para establecer la distinción de que se trate. Si este no fuera el caso, y el efecto de la medida afectara principalmente a los productos importados, se podría considerar que la medida es discriminatoria.

En cuanto a la prueba de necesidad, existen algunas medidas que las instancias decisorias pueden adoptar para maximizar las probabilidades de que las medidas para el control del tabaco se consideren necesarias. En primer lugar, las instancias decisorias deberían poner especial cuidado en la manera de formular los objetivos de reglamentación sobre los que se basa una medida para el control del tabaco. La formulación de objetivos de reglamentación en términos cualitativos, así como la descripción de una función particular de una medida dada en el marco del objetivo cuantitativo más amplio, consistente en reducir la prevalencia del consumo de tabaco, podrán mejorar las perspectivas de que una medida para el control del tabaco se considere necesaria. En segundo lugar, la identificación de la manera en que una determinada medida complementa otras medidas de control del tabaco, vigentes o en curso de aplicación, podrá maximizar la posibilidad de que esas otras medidas se consideren complementarias, en vez de alternativas. En tercer lugar, la identificación de la manera en que las medidas para el control del tabaco aplican el CMCT de la OMS permitirá maximizar la función del CMCT de la OMS en caso de una controversia en la OMC. Por último, al notificar a otros Miembros de la OMC la aplicación de un reglamento técnico de conformidad con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (AOTC), la identificación de directrices del CMCT de la OMS como normas internacionales pertinentes podrá fortalecer la función que desempeñan esas directrices en el contexto del examen de las cuestiones y controversias relacionadas con el AOTC.

## 2. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE INVERSIONES

Desde 2001, la esfera del derecho internacional en materia de inversiones ha crecido significativamente y la proliferación de acuerdos internacionales de inversión ha cobrado impulso. Esos acuerdos adoptaron la forma de tratados bilaterales de inversión y capítulos de inversión en el marco de tratados de libre comercio. Sin embargo, lo más importante es que el número de controversias surgidas en el contexto de acuerdos internacionales de inversión ha aumentado desde 2001, porque los inversores extranjeros han recurrido al arbitraje internacional en vez de dirigirse a los tribunales extranjeros para dirimir sus controversias.

La industria tabacalera sostiene desde hace mucho que las diversas medidas para el control del tabaco violan acuerdos internacionales de inversión, y exige que los gobiernos indemnicen a la industria. El ejemplo clásico se puede encontrar en la presentación de Carla Hills ante el Comité Permanente de Salud, del Canadá, en relación con el empaquetado sencillo. Además de afirmar que la medida viola acuerdos abarcados por la OMC, entre ellos el Acuerdo sobre los ADPIC, Hills sostuvo que el empaquetado sencillo supondría una expropiación de la propiedad industrial en virtud del capítulo sobre inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).(76) Más recientemente, Philip Morris Products (Suiza) y otras empresas presentaron una solicitud de arbitraje(77) contra el Uruguay ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en virtud de un tratado bilateral de inversión suscrito entre Suiza y el Uruguay.(78) La solicitud se relacionaba con medidas que ese país había adoptado en relación con el empaquetado de productos de tabaco, y pedía el arbitraje del CIADI, cuya sede se encuentra en el Banco Mundial, en Washington, D.C. Philip Morris también presentó una denuncia con arreglo al tratado bilateral de inversión entre Australia y Hong Kong, en relación con medidas relativas al empaquetado sencillo, que el Gobierno de Australia prevé adoptar. Antes de describir más a fondo estas controversias, conviene identificar algunas características habituales de los acuerdos internacionales de inversión.

La mayor parte de los acuerdos internacionales de inversión, aunque no todos, incluyen disposiciones relativas a la solución de controversias entre el inversor y el Estado. Esto ofrece a un inversor extranjero la posibilidad de presentar una denuncia contra un Estado por violación del acuerdo internacional de inversión, y reclamar indemnización. Por ejemplo, el tratado bilateral de inversión entre Suiza y el Uruguay permite a nacionales de Suiza con inversiones en el Uruguay acogerse al tratado bilateral de inversión con el Uruguay, por vía arbitral. Esto se puede comparar con el sistema de la OMC, en cuyo marco solo los Miembros de la OMC tienen la posibilidad de presentar una denuncia.

Algunas características de los acuerdos internacionales de inversión son similares a los acuerdos de comercio. Por ejemplo, los acuerdos internacionales de inversión suelen incluir disposiciones sobre el trato nacional y el trato a la nación más favorecida, con el fin de impedir la discriminación entre inversores e inversiones.(79) En otros aspectos, los acuerdos internacionales de inversión ofrecen a los inversores una protección mucho mayor que la ofrecida en acuerdos comerciales. Ejemplos pertinentes se pueden encontrar en las obligaciones de los Estados de indemnizar por la expropiación de inversiones y proporcionar a los inversores y a las inversiones un trato justo y equitativo.



## i) Expropiación y medidas equivalentes

Aunque los acuerdos específicos difieren en sus condiciones, por lo general los acuerdos internacionales de inversión establecen que las inversiones de nacionales o empresas de cada una de las partes contratantes no se podrán expropiar, nacionalizar ni someter a medidas de efecto equivalente en el territorio de la otra parte contratante, excepto con fines de interés público, en condiciones no discriminatorias y a cambio de una indemnización.

En virtud de este tipo de cláusulas, la expropiación de la propiedad de un nacional de una parte contratante, bien sea directa o indirecta, está totalmente prohibida a menos que sea para un fin de interés público y en condiciones no discriminatorias. La indemnización se deberá pagar aun cuando la expropiación se realice en condiciones no discriminatorias y para un fin de interés público.

Generalmente, las medidas para el control del tabaco no incluyen la expropiación ni la nacionalización directa de los bienes de una empresa tabacalera, porque no existe un traspaso directo de bienes de las empresas tabacaleras al Estado.<sup>(80)</sup> y <sup>(81)</sup> En consecuencia, la cuestión más pertinente concierne a lo que se entiende por expropiación indirecta o medidas equivalentes a la expropiación.

Para que se produzca una expropiación indirecta debe existir cierto grado de injerencia en los derechos de propiedad. Aunque en la jurisprudencia no se establece ningún umbral, en años recientes los tribunales han considerado que, «para que se produzca una expropiación indirecta, debe existir “una privación prácticamente plena del uso y disfrute económico de los derechos de propiedad o de sus elementos independientes identificables (es decir, roza el deterioro total)».<sup>(82)</sup> La injerencia en una inversión es un requisito necesario para que se produzca una expropiación indirecta, pero, por regla general, la mera injerencia no está reconocida como elemento suficiente para constituir una expropiación. Según lo manifestado por un tribunal:

*«Para distinguir entre una expropiación compensable y una regulación no-compensable, por parte de un Estado receptor, los siguientes factores (generalmente en combinación) podrían ser tomados en consideración: si la acción se encuentra dentro de los poderes de policía reconocidos del Estado receptor; el objetivo (público) y efectos de la medida; si la medida es discriminatoria; la proporcionalidad entre las medidas tomadas y el objetivo buscado; y que la naturaleza de la medida sea de buena fe».*<sup>(83)</sup> y <sup>(83)</sup>

Aunque la explicación sobre la manera en que se aplican todos estos factores excede el ámbito de esta sección, es conveniente aclarar qué se entiende por poderes de policía de un Estado y, también, abordar el concepto de expectativas legítimas de un inversor.

Con respecto a los poderes de policía reconocidos del Estado receptor, se reconoce ampliamente que existe un ámbito de actividad normativa que rebasa los límites de la expropiación indirecta. Según lo expresa un tribunal del TLCAN:

*«no toda la actividad reglamentaria del gobierno que le dificulta o imposibilita a un inversionista llevar a cabo un determinado negocio, ni todo cambio en la legislación o en la aplicación de leyes existentes que torna antieconómico continuar un determinado negocio constituyen una expropiación conforme*

*al Artículo 1110. En el ejercicio de sus poderes regulatorios, los gobiernos frecuentemente cambian sus leyes y regulaciones en respuesta a los cambios que se producen en las circunstancias económicas o en los aspectos políticos, económicos o sociales. Estos cambios bien pueden tornar algunas actividades menos rentables o inclusive antieconómicas».(85)*

Este pasaje está en consonancia con el principio inveterado según el cual el Estado puede actuar en el marco de sus poderes de policía soberanos, que incluyen el poder de proteger la salud, sin incurrir en una obligación de indemnizar a un inversor por la expropiación, siempre que el proceder del Estado no sea discriminatorio y no esté concebido para que el inversor extranjero deje sus bienes al Estado o los venda a precio de saldo.(86) y (87) Según esta opinión, o bien los poderes de policía constituyen una excepción a la obligación de pagar indemnización, o un ejercicio legítimo de esos poderes implica que la medida no es expropiatoria en esencia. Desde esta perspectiva, si una medida se aplica con fines de interés público, es diferente que si se aplica con carácter expropiatorio.

Otro factor que se ha de considerar es la medida en que un inversor extranjero tiene expectativas legítimas de que el valor de sus bienes no se perderá total o parcialmente a raíz de la actividad normativa del Estado.(88) Según lo expresado por un tribunal:

*«como cuestión de derecho internacional general, una norma no discriminatoria orientada a una finalidad de interés público, promulgada con las debidas garantías procesales y, que afecte, entre otros, a un inversor o una inversión de un país extranjero, no se considerará expropiatoria ni indemnizable, a menos que el Gobierno que la promulga hubiera contraído compromisos expresos con el entonces posible inversor extranjero, en virtud de los cuales preveía que el Gobierno se abstendría de promulgar esa norma».(89)*

El carácter nocivo de los productos de tabaco y la ratificación casi universal del CMCT de la OMS sugieren que, lógicamente, las empresas tabacaleras pueden prever la aplicación de medidas para el control del tabaco, un factor contrario a la idea de que esas medidas son una expropiación indemnizable.

## ii) Trato justo y equitativo

Es común que la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión incluyan la obligación de asegurar que las inversiones reciban un trato justo y equitativo. Existen diversas formulaciones de este concepto, lo que dificulta cualquier generalización acerca de requisitos específicos para esta norma sobre trato.(90) Algunas formulaciones del concepto parecen establecer una obligación independiente del tratado, que se podría aplicar a una amplia gama de situaciones, mientras que otras formulaciones se limitan a la norma mínima internacional sobre el trato exigido en virtud del derecho internacional consuetudinario.

A pesar de la dificultad para generalizar en lo que respecta al contenido de la norma sobre trato justo y equitativo, es posible señalar diversas circunstancias que pueden determinar una violación de esa norma. Por ejemplo, cuando:

- no se facilita un entorno transparente y estable ni se tienen en cuenta las legítimas expectativas de un inversor;

- se dispensa un trato arbitrario, discriminatorio o desfavorable;
- se deniegan las garantías procesales o la equidad procesal;
- se obra de mala fe; o
- el gobierno ejerce coacción y hostigamiento.

Si las cláusulas que rigen el trato justo y equitativo están formuladas de manera tal que se vinculan con la norma internacional mínima y el derecho internacional consuetudinario, suele ser difícil para un inversor determinar una violación de esa norma. Por ejemplo, en el caso *Glamis Gold v. United States*, tras examinar los fundamentos, el tribunal declaró que «para que un hecho incumpla las normas internacionales aceptadas, debe ser suficientemente atroz y escandaloso, por ejemplo, una flagrante denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia ostensible, la falta absoluta de garantías procesales, la discriminación evidente o la inexistencia clara de motivos». Asimismo, algunos tribunales han adoptado un enfoque más liberal, y han determinado que el derecho internacional consuetudinario se puede violar mediante actos que son simplemente injustos, poco equitativos o desfavorables.<sup>(92)</sup> Aunque la jurisprudencia reciente parece orientarse hacia una norma estricta, tal como la identificada en *Glamis*, las incoherencias en la jurisprudencia indican que suele ser difícil determinar con suficiente certeza la norma aplicable.

### iii) Casos recientes relacionados con el control del tabaco

#### ***Philip Morris Products (Suiza) v. Uruguay***

Según se observó precedentemente, la Solicitud de Arbitraje presentada por Philip Morris Products (Suiza) contra el Uruguay es un ejemplo contemporáneo de controversia internacional en materia de inversión relacionada con el control del tabaco.

La Solicitud de Arbitraje cuestiona los tres aspectos siguientes de las leyes del Uruguay sobre empaquetado de productos de tabaco:

- el hecho de que la legislación uruguaya exija que los productos de tabaco lleven advertencias que cubran el 80% de la superficie del paquete;
- las imágenes utilizadas en las advertencias de salud obligatorias, que la parte reclamante sostiene están concebidas para impresionar y provocar rechazo, más que para advertir a los consumidores acerca de los efectos reales del hábito de fumar; y
- la prohibición de presentar una misma marca en diferentes formas (el llamado requisito de presentación única), a tenor de la cual esas formas son engañosas con respecto a las consecuencias sanitarias derivadas del consumo de tabaco y, en particular, la aplicación de esta prohibición de manera tal que constituye, de hecho, un requisito de presentación única por cada marca.

La parte reclamante alega que las medidas violan las tres obligaciones siguientes contraídas en virtud del tratado bilateral de inversión entre Suiza y el Uruguay:

- no obstaculizar la gestión, el uso, el disfrute, el crecimiento o la venta de inversiones por medio de medidas desfavorables o discriminatorias (párrafo 1 del artículo 3);
- abstenerse de realizar actos de expropiación, excepto para fines de interés público y mediante el pago de indemnización (párrafo 1 del artículo 5); y
- dispensar trato justo y equitativo a las inversiones de las partes reclamantes (párrafo 2 del artículo 3).

Además, la parte reclamante argumentó que se había violado una cláusula general (que exige al Uruguay el respeto de los compromisos contraídos en relación con las inversiones de nacionales suizos). La parte reclamante sostiene que los compromisos hacen referencia a la inclusión de los acuerdos abarcados por la OMC, y que las medidas adoptadas por el Uruguay violan el Acuerdo sobre los ADPIC. Se podría argüir que con esto se intenta pasar por alto el hecho de que la parte reclamante no tiene posibilidad de presentar una denuncia con arreglo a las normas de la OMC.

Queda por verse cuál será el resultado de esta reclamación. Aunque el examen detallado de las cuestiones excede el ámbito del presente documento, es conveniente destacar que el análisis precedente de la expropiación y del trato justo y equitativo sugiere que, generalmente, los Estados tienen un grado importante de autonomía en materia de reglamentación. Podría haber excepciones a esta conclusión, por ejemplo, cuando se ha presentado una protesta específica ante una empresa tabacalera con el fin de atraer inversión. Además, podrían existir algunas dudas derivadas de incoherencias en la jurisprudencia. No obstante, el peso de la jurisprudencia y la práctica del Estado en la aplicación de medidas para el control del tabaco sugieren que los Estados pueden aplicar medidas de salud pública de buena fe, incluidas las destinadas al control del tabaco, sin tener que pagar indemnización en virtud de un acuerdo internacional de inversión.

### ***Philip Morris Asia Limited v. Australia***

En noviembre de 2011, Philip Morris Asia Limited envió una notificación de arbitraje a la Commonwealth de Australia.<sup>(93)</sup> La notificación de arbitraje cuestionaba los requisitos de empaquetado sencillo exigidos en virtud de la Ley sobre empaquetado sencillo de 2011 (Commonwealth), con arreglo al tratado bilateral de inversión acordado entre Australia y Hong Kong.<sup>(94)</sup>

Esa Ley establece el empaquetado sencillo de los productos de tabaco que se vendan en Australia. La Ley pone en práctica las directrices para la aplicación de los artículos 11 y 13 del CMCT de la OMS y, en esencia, limita la identificación de la marca en el empaquetado del producto a la exhibición de los nombres y variantes de la marca en tipos y tamaños de letras normalizados. La superficie restante del paquete se ocupa con advertencias sanitarias exigidas por ley, sobre un fondo liso.

Philip Morris Asia Limited sostiene que la legislación australiana sobre empaquetado sencillo viola obligaciones relativas a la expropiación de inversiones, el trato justo y equitativo, la no obstaculización de las inversiones, la plena protección y seguridad de las inversiones y la obligación de cumplir los compromisos contraídos por Australia en materia de inversiones con respecto a inversores de la RAE de Hong Kong.<sup>(95)</sup> Esos argumentos son básicamente similares a los esgrimidos por Philip Morris en su reclamación contra el Uruguay.

En su respuesta a la notificación de arbitraje, el Gobierno de Australia respondió que Australia planeaba cuestionar la jurisdicción del tribunal, así como los fundamentos de la reclamación. En particular, Australia señaló que Philip Morris Asia Limited adquirió una participación indirecta en su filial australiana solo después de que el Gobierno de Australia anunciara su decisión de aplicar la legislación sobre empaquetado sencillo. En esas circunstancias, la participación mayoritaria se traspasó de una empresa suiza a Philip Morris Asia Limited. Dado que Australia no tiene ningún acuerdo internacional de inversión con Suiza, es posible que el traspaso se hiciera con el único

propósito de presentar una denuncia relacionada con el tratado bilateral de inversión entre Australia y Hong Kong.

Australia señaló asimismo que Philip Morris Asia no tiene motivos para presentar una denuncia por cuanto decidió adquirir una participación indirecta en la filial australiana *después* de que el Gobierno anunciara su decisión de aplicar las normas sobre empaquetado sencillo y, entonces, hizo exactamente lo que dijo que haría.

### ***Grand River Enterprises Six Nations v. Estados Unidos de América***

En enero de 2011 se adoptó una decisión concerniente a una controversia internacional sobre inversión planteada en el marco del TLCAN, relacionada marginalmente con el control del tabaco.<sup>(96)</sup> La controversia se refería a la aplicación del Acuerdo general de conciliación, concertado en 1998 entre fabricantes de productos de tabaco y algunos Estados de los Estados Unidos. El Acuerdo general de conciliación resolvió controversias y exigió a las empresas tabacaleras signatarias que indemnizaran a los Estados que eran partes en el Acuerdo. A fin de minimizar los efectos negativos del Acuerdo general de conciliación en la competitividad de las empresas participantes, se impusieron requisitos legislativos particulares a las empresas no participantes. Esos requisitos motivaron las reclamaciones.

Las partes reclamantes son de nacionalidad canadiense y participan en actividades de la industria tabacalera de los Estados Unidos. Esas partes presentaron una serie de argumentos relativos a los requisitos legislativos a los que estaban sujetas. El tribunal desestimó la mayoría de las reclamaciones por motivos de jurisdicción. El resultado de las reclamaciones que incumbían a la jurisdicción del tribunal no es directamente pertinente al control del tabaco, ya que el modelo de disposiciones para el control del tabaco ofrecido por el Acuerdo general de conciliación no es un modelo común. No obstante, el tribunal extrajo algunas conclusiones que pueden tener consecuencias más amplias para el control del tabaco.

Al examinar las expectativas legítimas de una de las partes reclamantes, el tribunal observó que «el comercio de productos de tabaco ha sido, históricamente, objeto de reglamentación rigurosa y amplia en los Estados Unidos, una circunstancia que las partes reclamantes deberían haber conocido, habida cuenta de su amplia experiencia pasada en el sector tabacalero. Un inversor que ingresa en una zona tradicionalmente sujeta a una reglamentación integral, debe hacerlo consciente de la situación normativa».<sup>(97)</sup> Este pasaje sugiere que, de no existir ninguna manifestación del Gobierno que aliente una inversión en particular, las empresas tabacaleras difícilmente podrán tener expectativas legítimas de poder eludir nuevas reglamentaciones.

Con respecto a la expropiación, el tribunal hizo hincapié en que el artículo 1110 del TLCAN se refiere a la expropiación de una inversión, no de una parte de una inversión. El tribunal declaró que la «expropiación debe suponer la privación total, o en muy gran medida, de los intereses patrimoniales de la parte reclamante».<sup>(98)</sup> Dado que la parte reclamante continuó las operaciones de una empresa rentable, el tribunal dictaminó que la expropiación no se podía constatar. Si este criterio se aplicara más ampliamente, sería poco probable que las restricciones limitadas, tales como las relativas al uso de marcas en el etiquetado, entrañaran una expropiación, simplemente porque su injerencia

en los intereses patrimoniales no sería motivo suficiente. Es decir, ni siquiera sería necesario considerar el carácter reglamentario de la medida o los poderes de policía del Estado.

### ***Feldman Karpa v. México***

El laudo arbitral de 2002 en el caso *Feldman Karpa v. México*(99) es otra controversia en el contexto del TLCAN, relativa a la industria tabacalera, pero marginalmente relacionada con el control del tabaco. La parte reclamante era un nacional de los Estados Unidos que realizó una operación de exportación para el mercado gris de México. La parte reclamante adquirió cigarrillos a vendedores mayoristas y los vendió en el extranjero. Esa parte sostuvo que en virtud de la legislación de México tenía derecho a reembolso de los impuestos pagados en el punto de adquisición en México, por los cigarrillos que posteriormente se exportaron, pero que esos reembolsos se le habían denegado en algunas ocasiones. La parte reclamante argumentó que esa denegación implicaba la expropiación de su inversión y que, si se comparaba el trato que había recibido, con el dispensado a una empresa mexicana que operaba en circunstancias similares, México había incumplido sus obligaciones nacionales relativas al trato equitativo.

El tribunal desestimó la reclamación por expropiación, en cierta medida sobre la base de que la parte reclamante siguió operando de forma rentable. Sin embargo, una mayoría del tribunal consideró que, según los hechos específicos de ese caso, México había violado su obligación nacional de dispensar trato equitativo, ya que otorgó a la parte reclamante un trato menos favorable que a una empresa mexicana que operaba en circunstancias similares. Las consecuencias sistémicas de este caso para la relación entre el control del tabaco y el derecho internacional en materia de inversión parecerán insignificantes, porque el trato menos favorable fue específico de los hechos del caso.

### **iv) Protección del espacio político: disposiciones que pueden adoptar las instancias decisorias para proteger las medidas de salud pública**

Existen diferentes medios por los que las instancias decisorias pueden preservar su capacidad para aplicar medidas de control del tabaco compatibles con acuerdos internacionales de inversión. Esto supone asegurar que no se contraigan compromisos específicos con la industria tabacalera que entrañen la abstención de reglamentar; vigilar la aceptación de inversión extranjera directa procedente de la industria tabacalera; velar por que los nuevos acuerdos internacionales de inversión aclaren conceptos clave tales como expropiación y trato justo y equitativo y, cuando sea posible, aclarar la aplicación de acuerdos internacionales de inversión.

### ***Asegurar que no se contraigan compromisos con la industria tabacalera***

Si un inversor tiene legítimas expectativas de que un Estado anfitrión se abstendrá de reglamentar o de adoptar medidas de un tipo particular, esto puede ser pertinente para determinar si ha habido expropiación y si un inversor extranjero ha recibido un trato justo y equitativo. Por lo tanto, los compromisos contraídos por el gobierno con la industria tabacalera pueden exponer las medidas legítimas para el control del tabaco a cuestionamientos en virtud de acuerdos internacionales de inversión.

Por ejemplo, cuando un país privatiza parcialmente su monopolio nacional de productos de tabaco, concluye un acuerdo con el comprador (un inversor extranjero) en virtud del cual los impuestos



sobre el tabaco no aumentarán por un período de 30 años. En caso de un aumento, el Gobierno está sujeto, de conformidad con el acuerdo, a indemnizar al inversor. Ese acuerdo ha menoscabado la capacidad del Gobierno para aplicar reformas tributarias en relación con el tabaco, mediante la alteración de las consecuencias políticas y presupuestarias de la reforma.

### ***Vigilar la aceptación de inversión extranjera directa procedente de la industria tabacalera***

Algunos acuerdos internacionales de inversión incluyen una distinción entre la manera en que un Estado anfitrión puede tratar a un inversor cuando ingresa al país, y la manera en que lo puede hacer una vez que la inversión ya se ha establecido en su territorio. Por ejemplo, es discutible que algunos acuerdos no regulen en absoluto el establecimiento de inversiones, ya que ello implica que solo se aplican al comportamiento de un Estado después de admitida la inversión.

Otros acuerdos internacionales de inversión rigen el trato que un Estado puede dispensar a una inversión, tanto antes como después del establecimiento. Algunos de estos acuerdos incluyen cláusulas que permiten a un Estado anfitrión denegar la aceptación de una inversión extranjera por motivos de salud pública o sobre la base de que una inversión es contraria al derecho interno. Por ejemplo, el párrafo 1) del artículo 2 del tratado bilateral de inversión firmado por Suiza y el Uruguay, rige la promoción y la aceptación de inversiones. La disposición dice:<sup>15</sup>

*«1) Cada Parte Contratante fomentará en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante y admitirá estas inversiones conforme a sus leyes y reglamentos. Las Partes Contratantes reconocen el derecho de cada una de ellas de no permitir actividades económicas por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad, así como otras actividades que por ley se reserven a sus propios inversores».*

De conformidad con esta disposición, el Uruguay tiene amplias atribuciones para denegar la admisión de inversiones de nacionales suizos por motivos relacionados con la protección de la salud. Por otra parte, las atribuciones del Uruguay para reglamentar tras la realización de una inversión no se enuncian expresamente en el tratado bilateral de inversión. Se puede interpretar que esta cláusula es aplicable también a los reglamentos del tipo en cuestión, pero ello no está totalmente claro.

Por consiguiente, los gobiernos pueden minimizar los riesgos que conllevan los acuerdos internacionales de inversión mediante la vigilancia de la inversión extranjera directa en la industria tabacalera y la negativa a aceptar inversiones inapropiadas, siempre que dispongan de las atribuciones para ello. Por ejemplo, los gobiernos podrían denegar el registro de marcas comerciales que sugirieran engañosamente que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro. Cuando un inversor extranjero registra una marca comercial en un Estado anfitrión se podría considerar que ese Estado reconoce esa marca como una inversión. A tenor de una cláusula como la del párrafo 1) del artículo 2 del tratado bilateral de inversión entre Suiza y el Uruguay, un Estado anfitrión tiene derecho a denegar el registro de una marca comercial de tabaco que induzca a engaño. De esa manera, el Estado anfitrión minimizará el riesgo de que una empresa tabacalera plantee una reclamación similar a la presentada contra el Uruguay.

---

<sup>15</sup> Traducción oficial al español.

### ***Velar por que en los nuevos acuerdos internacionales de inversión se aclaren conceptos clave***

En el marco de los acuerdos internacionales de inversión se aprecia una tendencia incipiente a aclarar conceptos clave tales como los de expropiación y trato justo y equitativo. Casi invariablemente, esas aclaraciones fortalecen la autonomía nacional en materia normativa y la capacidad de los gobiernos para proteger la salud. En consecuencia, las autoridades sanitarias deberían vigilar la negociación de acuerdos internacionales de inversión y asegurar que esos acuerdos no limiten el alcance de las medidas para el control del tabaco.

En el capítulo 11 del tratado de libre comercio concertado en 2009 entre la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN), Australia y Nueva Zelandia figuran buenos ejemplos de formulación aclaratoria de un acuerdo.<sup>(100)</sup> El artículo 9 del tratado reglamenta la expropiación y la indemnización. La parte más pertinente de esa disposición establece:

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, bien sea de manera directa o mediante medidas equivalentes a expropiación o nacionalización (expropiación), excepto:
  - a) para fines de interés público;
  - b) de manera no discriminatoria;
  - c) mediante indemnización inmediata, suficiente y efectiva; y
  - d) de conformidad con las debidas garantías procesales.

Un anexo de esa disposición aclara el alcance del artículo 9. En el anexo se declara:

1. Una medida o una serie de medidas conexas adoptadas por una Parte no pueden constituir una expropiación, a menos que afecten un derecho de propiedad tangible o intangible, o intereses patrimoniales de una inversión cubierta.
2. Establecimiento párrafo 1 del artículo 9 (Expropiación e indemnización) del capítulo 11 (Inversión) aborda dos situaciones:
  - a) la primera consiste en la expropiación directa, en cuyo contexto una inversión cubierta se nacionaliza o se expropia directamente mediante la transferencia oficial de la titularidad o el decomiso absoluto; y
  - b) la segunda se produce cuando una medida o una serie de medidas conexas adoptadas por una Parte tiene un efecto equivalente a la expropiación directa, sin que exista una transferencia formal de titularidad o un decomiso absoluto.
3. Para determinar si una medida o una serie de medidas conexas adoptadas por una Parte en una situación concreta específica constituye una expropiación del tipo mencionado en el apartado b) del párrafo 2 es preciso realizar una indagación fáctica caso por caso, en la que se consideren, entre otros factores:
  - a) la repercusión económica de la medida del gobierno, si bien el mero hecho de que una medida o una serie de medidas conexas adoptadas por una Parte tenga un efecto negativo en el valor económico de una inversión no confirma que haya habido una expropiación;
  - b) la determinación de que la medida gubernamental viola el compromiso vinculante previamente contraído por el gobierno con el inversor, bien sea mediante contrato, licencia u otro documento jurídico; y
  - c) el carácter de la medida gubernamental, incluido su objetivo y la evaluación destinada a determinar si es desproporcionada para alcanzar los fines de interés público.

4. Las medidas normativas no discriminatorias que una Parte elabore y aplique para alcanzar legítimos objetivos de bienestar público, entre ellas la protección de la salud pública, la seguridad y el medio ambiente no constituyen una expropiación del tipo mencionado en el apartado b) del párrafo 2.

En ese anexo, y especialmente en el párrafo 4, se explica que las medidas sanitarias supondrán una expropiación en una serie muy limitada de circunstancias a los fines del acuerdo. Se podría considerar que la formulación representa un modelo de redacción sobre la cuestión.

El tratado de libre comercio entre la ASEAN, Australia y Nueva Zelandia también aclara los conceptos de trato justo y equitativo a los fines de ese tratado. El artículo 6 del capítulo 11 regula el trato de las inversiones. La disposición establece:

1. Cada Parte acordará a las inversiones cubiertas, un trato justo y equitativo, así como plena protección y seguridad.
2. Para una mayor seguridad jurídica:<sup>16</sup>
  - a) el trato justo y equitativo exige que ninguna Parte deniegue justicia en ningún procedimiento jurídico o administrativo;
  - b) la plena protección y la seguridad exigen que cada Parte adopte las medidas que sean razonablemente necesarias para velar por la protección y seguridad de la inversión cubierta; y
  - c) los conceptos de «trato justo y equitativo» y «plena protección y seguridad» no requieren ningún trato adicional ni más allá del exigido en virtud del derecho internacional consuetudinario, y no establecen derechos sustantivos adicionales.
3. La confirmación de una violación de otra disposición del presente Acuerdo, o de un acuerdo internacional separado, no implica la violación del presente artículo.

Las aclaraciones que figuran en el artículo 6 confirman que la noción imprecisa de trato justo y equitativo no requiere una norma más rigurosa que la norma mínima internacional recogida en el derecho internacional consuetudinario. Esta norma se examinó anteriormente y, como se recordará, solo en muy raras ocasiones se considerará que un gobierno ha violado la norma. Por lo tanto, la aclaración que figura en el artículo 6 también se podría considerar un modelo de formulación destinado a preservar el espacio político de los Estados anfitriones.

Otra opción consistiría en excluir de un acuerdo internacional de inversión cualquier inversión en el sector tabacalero. Esto no sería inusual, porque numerosos acuerdos prevén excepciones para determinadas industrias. Por ejemplo, el artículo 1108 del TLCAN rige las reservas y excepciones y, cuando se concluyó ese tratado, permitía a las Partes exceptuar a determinados sectores, subsectores o actividades.

### ***Aclarar la aplicación de acuerdos existentes***

Además de aclarar las disposiciones de los acuerdos mientras se están negociando, algunos Estados han proporcionado aclaraciones después de la entrada en vigor. Por ejemplo, el Canadá, México y los Estados Unidos aclararon el concepto de trato justo y equitativo en el contexto del

---

<sup>16</sup> [Esta nota lleva el número 6 en el original] En el caso de Indonesia, solo se aplicarán los apartados a) y b) del párrafo 2 cuando Indonesia sea la Parte que dispensa el trato en virtud de ese Artículo.

TLCAN, después de que el tratado entrara en vigor.<sup>(101)</sup> Del mismo modo, Singapur y los Estados Unidos intercambiaron cartas complementarias aclaratorias de aspectos relativos al capítulo de inversión del tratado de libre comercio entre Singapur y los Estados Unidos.<sup>17</sup> Lo mismo podrían hacer, con el acuerdo de todas las partes, los Estados preocupados por el alcance de su autonomía en el marco de los acuerdos internacionales de inversión existentes. Mediante ese enfoque, los Estados minimizarían la incertidumbre derivada de normas imprecisas contenidas frecuentemente en los acuerdos, y de los enfoques incoherentes adoptados por diferentes tribunales respecto de la aplicación de esas normas.

### 3. ENTRADA EN VIGOR DEL CONVENIO MARCO DE LA OMS PARA EL CONTROL DEL TABACO

Sin duda alguna, la entrada en vigor del CMCT de la OMS<sup>(102)</sup> es el hecho normativo más importante desde 2001 en lo que respecta a la relación entre comercio, inversión y control del tabaco. Este instrumento internacional establece obligaciones jurídicas internacionales en relación con los productos de tabaco. En algunas circunstancias, el Convenio reconoce también los derechos de las Partes de aplicar medidas para el control del tabaco con arreglo al derecho internacional.

La presente sección describe la estructura y las características básicas del CMCT de la OMS y su pertenencia para la relación entre comercio, inversión y control del tabaco. Desde una perspectiva jurídica, el CMCT de la OMS tiene al menos tres repercusiones específicas en el contexto del comercio y la inversión. En primer lugar, el párrafo 3 del artículo 5 del Convenio tiene consecuencias sobre la manera en que las Partes interactúan con la industria tabacalera. Esas consecuencias son pertinentes no solo para los agentes sanitarios, sino también para otros agentes gubernamentales que trabajan en las áreas concernientes a políticas de comercio, finanzas e inversión. En segundo lugar, el CMCT de la OMS y sus directrices se pueden utilizar para interpretar acuerdos internacionales de comercio e inversión en el contexto de las medidas para el control del tabaco. En tercer lugar, el CMCT de la OMS también ofrece algunos mecanismos de protección de las medidas para el control del tabaco, en caso de conflicto con un acuerdo de comercio o inversión.

#### i) Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT de la OMS)

El CMCT de la OMS es el primer tratado concluido en virtud del artículo 19 de la Constitución de la OMS. El Convenio fue adoptado por la Asamblea Mundial de la Salud en 2003 y entró en vigor en 2005. Con más de 170 Partes signatarias, el Convenio es uno de los instrumentos más ampliamente adoptados en el sistema de las Naciones Unidas, y cuenta con más Partes que el número de Miembros de la OMC.

El artículo 3 describe el objetivo del CMCT de la OMS y sus protocolos en los términos siguientes:

*«...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.»*

<sup>17</sup> Véanse las cartas complementarias de ese Tratado, disponibles en [http://www.fta.gov.sg/fta\\_ussfta.asp?hl=13](http://www.fta.gov.sg/fta_ussfta.asp?hl=13) (visitado el 28 de febrero de 2012).

El CMCT de la OMS obliga a las Partes a aplicar una serie de medidas para el control del tabaco. Las más destacadas entre ellas se orientan a reducir la demanda, por ejemplo, las relacionadas con los precios e impuestos (artículo 6), las de protección contra la exposición al humo del tabaco (artículo 8), las medidas sobre reglamentación del contenido de los productos de tabaco y divulgación de información sobre esos productos (artículos 9 y 10), las medidas sobre empaquetado y etiquetado (artículo 11), las relativas a educación, comunicación, formación y concientización del público (artículo 12), las medidas sobre restricciones a la publicidad, promoción y patrocinio (artículo 13), y las medidas concernientes a la dependencia y el abandono del tabaco (artículo 14). También se destacan las disposiciones relacionadas con la disminución de la oferta de tabaco, que incluyen medidas para reducir el comercio ilícito de productos de tabaco (artículo 15), medidas relativas a las ventas a menores y por menores (artículo 16) y la disposición de apoyo a actividades alternativas económicamente viables para los cultivadores de tabaco (artículo 17).

Como un convenio marco, el texto del CMCT de la OMS establece un marco amplio de obligaciones y derechos que se complementa con otros instrumentos. En el momento de elaboración del presente documento, las Partes estaban negociando un protocolo facultativo del Convenio, relativo al comercio ilícito de productos de tabaco. Las Partes también adoptaron directrices para la aplicación del párrafo 3 del artículo 5 y de los artículos 8, 11, 12, 13 y 14 del Convenio, así como directrices parciales concernientes a los artículos 9 y 10. Con arreglo al derecho de los tratados, la condición jurídica de las directrices se rige por sus términos. De esto se desprende claramente que las directrices no son obligaciones jurídicas separadas de carácter vinculante. Sin embargo, en virtud del derecho de los tratados, se puede considerar que algunas partes de las directrices son acuerdos subsiguientes concertados por las Partes para interpretar las principales obligaciones del Convenio. En otros casos, las directrices pueden ser recomendaciones y reflejar las mejores prácticas para el control del tabaco. El objetivo del presente documento no es el análisis de la condición jurídica de las directrices con arreglo al derecho de los tratados y, por lo tanto, esa cuestión no se examinará más a fondo.

El prefacio del Convenio describe ese instrumento como una respuesta a la globalización de la epidemia de tabaquismo, favorecida por diversos factores, entre ellos la liberalización del comercio. Esto es cierto tanto en sentido indirecto como directo. En sentido indirecto, el CMCT de la OMS funciona como un contrapeso de otros factores que facilitan la propagación del consumo de tabaco desde los países desarrollados a los países en desarrollo. Al obligar a las Partes a aplicar medidas para el control del tabaco, el Convenio contrarresta otras fuerzas que han alentado el consumo de tabaco. En un sentido más directo, el Convenio debería influir en la manera en que se formulan las políticas de comercio e inversión en el contexto del tabaco. Según se describe más adelante, el Convenio es también un instrumento importante que afecta la legislación sobre comercio e inversión en el contexto del control del tabaco.

## ii) Repercusiones del párrafo 3 del artículo 45 del CMCT de la OMS

El párrafo 3 del artículo 5 del CMCT establece que «a la hora de establecer y aplicar sus políticas de salud pública relativas al control del tabaco, las Partes actuarán de una manera que proteja dichas políticas contra los intereses comerciales y otros intereses creados de la industria tabacalera, de conformidad con la legislación nacional».

En 2008, la tercera reunión de la Conferencia de las Partes adoptó las directrices para la aplicación de esa disposición. El objetivo de las directrices consiste en ayudar a las Partes a cumplir sus obligaciones jurídicas dimanantes del párrafo 3 del artículo 5.(103)

Uno de los principios centrales de las directrices es que «debido a que sus productos son letales, no se deberían conceder incentivos a la industria tabacalera para que establezcan o lleven a cabo sus negocios». Las directrices también recomiendan que las Partes no acuerden trato preferencial a la industria tabacalera. A ese respecto, las directrices establecen:

28. Algunos gobiernos alientan las inversiones de la industria tabacalera, incluso hasta el punto de subvencionarlas con incentivos financieros, por ejemplo, en forma de exenciones parciales o completas de impuestos establecidos por ley.
29. Sin perjuicio de su derecho soberano a determinar y establecer sus políticas económicas, financieras y tributarias, las Partes deberían respetar sus compromisos en materia de control del tabaco. Recomendaciones
  - 7.1 Las Partes no deberían conceder incentivos, privilegios o ventajas a la industria tabacalera para que establezcan o dirijan sus negocios.
  - 7.2 Las Partes que no poseen industria tabacalera de propiedad estatal no deberían invertir en la industria tabacalera e iniciativas conexas. Las Partes con industria tabacalera de propiedad estatal deberían asegurarse de que toda inversión en la industria tabacalera no les impida aplicar plenamente el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.
  - 7.3 Las Partes no deberían otorgar ninguna exención fiscal preferencial a la industria tabacalera.

Estas directrices son particularmente pertinentes en el contexto del derecho internacional en materia de inversión. Como se recordará, anteriormente, en el presente documento, se recomendaba que los Estados evitaran contraer compromisos específicos con la industria tabacalera a fin de minimizar el riesgo jurídico de que esa industria tuviera expectativas legítimas de recibir un trato especial. Las directrices reafirman esta conclusión a la luz de los antecedentes de conducta de la industria tabacalera.

Los principios subyacentes de las directrices también son pertinentes a los ministerios de comercio. Estos deberían tener en cuenta, en sus negociaciones con los grupos de presión de la industria, las directrices relativas al acceso a mercados extranjeros. Ello significa que los ministerios de comercio deberían examinar las directrices antes de negociar acuerdos, teniendo presentes los intereses de la industria tabacalera, y considerar las directrices antes de entablar controversias en el plano internacional. Dicho de otra forma, las directrices sugieren que los ministerios de comercio deberían tener en cuenta las repercusiones de salud pública relacionadas con la representación de los intereses de la industria tabacalera en el extranjero.

### iii) Usos del CMCT de la OMS en la interpretación de acuerdos de comercio e inversión

Un principio consagrado del derecho internacional establece que los tratados no se deben interpretar aislados entre sí.(104)<sup>18</sup> Consiguientemente, en el contexto de controversias relativas a medidas para el control del tabaco, el CMCT de la OMS y sus directrices se podrán utilizar en la interpretación de acuerdos internacionales de inversión y comercio.(105)

18 Véase también el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena.



En una controversia sobre comercio o inversión se podría utilizar el CMCT de la OMS como prueba de un hecho controvertido. Por ejemplo, en el contexto del análisis de necesidad con arreglo a las normas de la OMC, el Convenio o sus directrices podrían ser prueba de:

- la existencia de determinados riesgos sanitarios (o del consenso de que esos riesgos existen)
- el objetivo de reglamentación sobre el que se basa una medida
- la contribución de una medida al logro del objetivo de reglamentación del Estado, y
- la importancia del objetivo de reglamentación perseguido.

El CMCT de la OMS y sus directrices también se podrían utilizar en la aplicación de reglamentos sobre comercio e inversión a medidas específicas para el control del tabaco. Por ejemplo, el hecho de que el Convenio o sus directrices obliguen o alienten la aplicación de una medida, respalda la conclusión de que la medida es necesaria y proporcionada a los riesgos sanitarios que un Estado puede querer prevenir. Esto también podría afectar a otras cuestiones jurídicas, entre ellas la de determinar si un inversor extranjero tenía expectativas legítimas de que podría eludir reglamentos del tipo en cuestión.

Además, las directrices del CMCT de la OMS podrían convertirse en normas internacionales a los fines del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (AOTC).<sup>19</sup> Esto dependerá de que se reconozca a la Conferencia de las Partes en el CMCT de la OMS, o a la propia OMS, como organización internacional normativa, y que las directrices pasen a ser normas internacionales. La jurisprudencia todavía no ha aclarado ese punto. En *United States – Tuna*, una controversia reciente planteada en el contexto del AOTC, el Grupo Especial proporcionó una amplia definición de esos términos y determinó que una resolución de los Estados Miembros en el Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines era una norma internacional.<sup>(106)</sup> Con arreglo a esa fuente, las directrices del CMCT de la OMS pueden ser normas internacionales a los fines del AOTC. Sin embargo, mientras se redactaba el presente documento, ese aspecto del informe del Grupo Especial estaba en fase de apelación. Si las directrices del CMCT de la OMS se reconocieran como normas internacionales, se podría suponer que las medidas adoptadas de conformidad con las directrices no crean un obstáculo innecesario al comercio internacional.

El hecho de que el CMCT de la OMS y sus directrices se puedan utilizar como se describió precedentemente es importante, porque probablemente aumentará la sensibilización de los grupos especiales y los árbitros en materia de inversión de la OMC, respecto de las preocupaciones concernientes a las medidas para el control del tabaco. Este fue ciertamente el caso en *United States – Clove Cigarettes* (examinado anteriormente), en cuyo contexto el Grupo Especial se basó en el CMCT de la OMS y sus directrices para confirmar su interpretación de la legislación en algunos aspectos.

#### iv) Conflictos entre el CMCT de la OMS y algunos acuerdos de comercio e inversión

Cuando un mismo asunto se rige por el CMCT de la OMS y por un acuerdo de comercio o inversión, existe también un riesgo de que ambos instrumentos entren en conflicto. Si se planteara un conflicto, un instrumento podría prevalecer sobre el otro en lo relativo a ese conflicto. La determinación del

<sup>19</sup> El término «norma» se define en el Anexo 1 del AOTC como un «documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas».

instrumento prevaleciente se basará, en primer lugar, en los términos de los tratados en cuestión y, en segundo lugar, en el derecho internacional consuetudinario.

El párrafo 2 del artículo 2 del CMCT de la OMS regula la relación entre el Convenio y otros tratados concluidos ulteriormente, en los términos siguientes:

*«Las disposiciones del Convenio y de sus protocolos no afectarán en modo alguno al derecho de las Partes a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales, incluso acuerdos regionales o subregionales, sobre cuestiones relacionadas con el Convenio y sus protocolos o sobre cuestiones adicionales, a condición de que dichos acuerdos sean compatibles con sus obligaciones establecidas por el presente Convenio y sus protocolos. Las Partes interesadas notificarán esos acuerdos a la Conferencia de las Partes por conducto de la Secretaría».*

Al establecer que los acuerdos ulteriores deben ser compatibles con el Convenio, el párrafo 2 del artículo 2 acuerda preeminencia al CMCT de la OMS en caso de conflicto con tratados concluidos posteriormente.<sup>(107)</sup> Sin embargo, esa disposición no se aplica a los tratados concluidos antes que el CMCT de la OMS, entre ellos el Acuerdo sobre la OMC y numerosos acuerdos internacionales de inversión. En cuanto a los tratados que no incluyen disposiciones para casos de conflictos, lo que suele ser frecuente, estos se abordan con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Esa costumbre se refleja en el artículo 30 de la Convención de Viena. En efecto, el derecho internacional consuetudinario otorga preeminencia a los tratados concluidos con posterioridad. En consecuencia, el derecho internacional consuetudinario otorga preeminencia al CMCT de la OMS en caso de conflicto con tratados concluidos anteriormente, y el párrafo 2 del artículo 2 de la Convención de Viena le otorga preeminencia en caso de conflicto con tratados concluidos posteriormente.

La aparente protección acordada al CMCT de la OMS por esas normas está matizada por el hecho de que los conflictos solo pueden surgir cuando se reúnen tres requisitos previos. Debe existir una superposición de partes y asuntos, y esas superposiciones se deben producir en un momento pertinente.

El requisito relativo a la superposición de partes significa que un conflicto entre tratados solo se puede plantear entre Estados que sean partes en ambos tratados. Esta condición se fundamenta en el hecho de que un tratado no puede regir las relaciones entre dos Estados si uno de ellos no ha dado su acuerdo a la aplicación de los dos instrumentos mediante su adhesión a ambos. Por ejemplo, en el contexto del derecho mercantil, un conflicto no se podría plantear entre el CMCT de la OMS y el Acuerdo sobre la OMC en relación con una denuncia formulada por un Miembro del OMC que no sea Parte en el CMCT de la OMS. Análogamente, en el contexto del derecho internacional en materia de inversión, un conflicto solo se podría plantear si dos Estados partes en un acuerdo internacional de inversión fueran Partes en el CMCT de la OMS.

Para determinar que dos tratados rigen el mismo asunto es preciso corroborar que esos tratados efectivamente entran en conflicto entre sí. Un punto de vista es que «un conflicto en sentido estricto de incompatibilidad solo surge cuando una parte en dos tratados no puede cumplir simultáneamente sus obligaciones dimanantes de ambos».<sup>(108)</sup> A tenor de ello, una obligación contraída en el marco del CMCT de la OMS podría entrar en conflicto con una prohibición establecida en virtud

de otro instrumento. Sin embargo, un derecho acordado en un instrumento como el CMCT de la OMS daría lugar a una obligación en un instrumento como el Acuerdo sobre la OMC, por cuanto un Estado podría cumplir con ambos si decide no ejercer su derecho (en este ejemplo, el derecho a controlar el tabaco). Otro punto de vista es que el concepto de conflicto es mucho más amplio, y que las intenciones comunes de los Estados de que se trate, reflejadas en los tratados, se centran en la cuestión sustancial.<sup>(109)</sup> Aunque la jurisprudencia tiende a favorecer el punto de vista restringido, el punto de vista más amplio está cobrando mayor aceptación.<sup>(110)</sup> y <sup>(111)</sup> Este punto de vista reconocería un conflicto entre un derecho establecido en el CMCT de la OMS y una prohibición prevista en otro instrumento.

Por otra parte, determinar qué tratado se concluyó antes que el otro podría ser una cuestión compleja. Por ejemplo, si los dos Estados en cuestión no fueran partes en un tratado desde la fecha de su entrada en vigor, lo más adecuado sería utilizar la fecha de ratificación. Esto ocasiona problemas en casos en que los Estados hayan ratificado instrumentos en orden diferente respecto de otros Estados, dado que los instrumentos no se pueden considerar anteriores o posteriores a los fines de las relaciones entre los Estados en cuestión.<sup>(112)</sup> Por ejemplo, un Estado podría ratificar el CMCT de la OMS antes de adherirse al Acuerdo sobre la OMC, mientras que otro Estado podría contraer obligaciones en el orden inverso.

En resumen, las normas que rigen los conflictos entre tratados pueden ofrecer alguna protección a las medidas de aplicación del CMCT de la OMS, en el poco probable caso de que esas medidas violen las normas de la OMC. Sin embargo, la protección acordada en virtud de las normas que rigen los conflictos está matizada, porque es poco probable que surjan conflictos.<sup>(113)</sup>

#### 4. OTROS DESARROLLOS NORMATIVOS RELATIVOS AL COMERCIO Y LA SALUD

Además del CMCT de la OMS existen otros desarrollos normativos específicos de la relación entre comercio y salud. A fines de 2001, la Conferencia Ministerial de la OMC formuló la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. En 2006, la Asamblea Mundial de la Salud aprobó una resolución sobre comercio y salud en la que destacaba la necesidad de una mayor coordinación en el desarrollo de políticas de comercio y salud. En 2010, la cuarta reunión de la Conferencia de las Partes en el CMCT de la OMS adoptó por unanimidad la Declaración de Punta del Este sobre la aplicación del Convenio. La presente sección proporciona una breve explicación de esos instrumentos y sus repercusiones. Los textos completos de los instrumentos figuran en un anexo al presente documento.

##### i) Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública

En 2001, la Conferencia Ministerial de la OMC adoptó la Declaración de Doha (incluida en el anexo 1 del presente documento) en respuesta a las inquietudes generadas por las consecuencias del Acuerdo sobre los ADPIC en el acceso a los medicamentos esenciales.

Uno de los propósitos de la Declaración era el de aclarar la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC, especialmente en lo concerniente a las licencias obligatorias de patentes e importación paralela de productos farmacéuticos. Dado que esos aspectos no son centrales para el control del tabaco, no se explicarán con más detalle, aunque se añadirá que la Declaración de Doha aclara las flexibilidades

disponibles para los Miembros de la OMC en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, en relación con esos aspectos. De ese modo, la Declaración también aclara de forma más general la relación entre los ADPIC y la salud pública. La Conferencia Ministerial declaró:

4. Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos.

A este respecto, reafirmamos el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto.

5. En consecuencia, y a la luz del párrafo 4 supra, al tiempo que mantenemos los compromisos que hemos contraído en el Acuerdo sobre los ADPIC, reconocemos que estas flexibilidades incluyen:
  - a) Al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios.

Los objetivos y principios del Acuerdo sobre los ADPIC se establecen en los artículos 7 y 8, en cuyas partes pertinentes se declara:

#### Artículo 7

##### Objetivos

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.

#### Artículo 8

##### Principios

1. 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.

Por consiguiente, la Declaración de Doha confirma la aplicación de disposiciones como las de los artículos 7 y 8 en la interpretación de obligaciones sustantivas incluidas en el Acuerdo sobre los ADPIC. En el contexto del control del tabaco, la orientación general para la interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC ofrecida en la Declaración de Doha es importante porque reafirma el derecho de los Miembros de la OMC de reglamentar los productos de tabaco de forma tal que afecta el uso de marcas comerciales. Esta orientación interpretativa se reitera en la Declaración de Punta del Este.

## ii) Resolución WHA59.26 sobre comercio internacional y salud

La resolución WHA59.26 de 2006 (incluida en el anexo 1 del presente documento), reconoció la demanda de información sobre las posibles repercusiones del comercio internacional y los acuerdos comerciales para la salud y las políticas sanitarias. La resolución insta a los Estados Miembros de la OMS a que promuevan el diálogo a nivel nacional entre las partes interesadas; adopten medidas que aborden las cuestiones identificadas en ese diálogo; utilicen mecanismos de coordinación entre los ministerios pertinentes; establezcan relaciones constructivas e interactivas entre los sectores público y privado; y sigan desarrollando las capacidades que permitan superar los retos para la salud planteados por el comercio y los acuerdos comerciales. Asimismo, la resolución pedía al Director General que apoyara a los Estados Miembros en sus esfuerzos por articular políticas coherentes encaminadas a abordar la relación entre comercio y salud; respondiera a las peticiones de apoyo concernientes al desarrollo de la capacidad; y coordinara las actividades con otras organizaciones internacionales competentes.

A diferencia de la Declaración de Doha, esta resolución no se centra en la cuestión jurídica relativa a la autonomía en materia de reglamentación que mantienen los Estados en el marco de los acuerdos comerciales. Antes bien, la resolución trata sobre problemas de incoherencia normativa. En el contexto del control del tabaco, esos problemas se reflejan en el riesgo de que la liberalización del comercio y la inversión extranjera directa en el sector tabacalero puedan alentar indirectamente la demanda de productos de tabaco. En la Parte IV del presente documento se examinan los desafíos que plantea la coordinación de políticas destinada a maximizar los posibles beneficios económicos del comercio y, al mismo tiempo, mantener la protección contra los efectos sanitarios negativos.

## iii) La Declaración de Punta del Este sobre aplicación del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco

A raíz de la solicitud de arbitraje presentada contra el Uruguay, descrita anteriormente, la cuarta reunión de la Conferencia de las Partes en el CMCT de la OMS, celebrada en 2010, formuló la Declaración de Punta del Este (decisión FCTC/COP 4(5), incluida en el anexo 1 del presente documento). En sus párrafos introductorios, la Declaración recuerda el derecho al grado máximo de salud que se pueda lograr, y la determinación de las Partes en el CMCT de la OMS de priorizar su derecho a proteger la salud. En esos mismos párrafos se reconoce «que las medidas de protección de la salud pública, entre ellas las relacionadas con la aplicación del CMCT de la OMS y sus directrices, entran dentro de las competencias de los Estados soberanos para legislar en pro del interés público», y recuerda algunas disposiciones en las normas de la OMC que reafirman la autonomía de los Miembros de la OMC en materia de reglamentación.

En esa Declaración las Partes se comprometen a aplicar el CMCT de la OMS y reafirman su autoridad jurídica para hacerlo, en el marco establecido por acuerdos tales como los abarcados por la OMC. A este respecto, la Declaración hace hincapié en los principios y objetivos subyacentes del Acuerdo sobre los ADPIC, según se recogen en los artículos 7 y 8 del Acuerdo. El instrumento declara que «las Partes pueden adoptar medidas para proteger la salud pública, y en particular regular el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en concordancia con las políticas nacionales de salud pública, a condición de que esas medidas sean compatibles con el mencionado

Acuerdo». Esa Declaración, al igual que el artículo 8, reconoce que las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC permiten adoptar medidas para proteger la salud. Es decir, las disposiciones que rigen la protección de los derechos de propiedad intelectual, especialmente las marcas comerciales, dejan un ámbito importante para las medidas sanitarias.

La condición jurídica de la Declaración no está totalmente clara. En el contexto de las normas de la OMC el instrumento no tiene ningún efecto jurídico oficial. Con arreglo al Acuerdo sobre la OMC (párrafo 2 del artículo IX), solo la Conferencia Ministerial de la OMC y el Consejo General tienen atribuciones para emitir interpretaciones autorizadas de los acuerdos abarcados por la OMC.

De manera más general, y con arreglo al derecho internacional, la Declaración podría cumplir dos funciones. Según una interpretación, el instrumento enuncia o aclara aspectos del derecho internacional consuetudinario, particularmente en lo relativo al derecho soberano de los Estados de legislar en favor del interés público. Esto podría ser pertinente a las reclamaciones por expropiación o las relacionadas con el trato justo y equitativo, vinculadas a las normas sobre trato recogidas en el derecho internacional consuetudinario. Según otra interpretación, la Declaración es un acuerdo ulterior de las partes en un acuerdo internacional de inversión (cuando ambas son Partes en el CMCT de la OMS), y sobre esa base se utiliza para interpretar el acuerdo. Según otra alternativa, la Declaración se podrá apreciar como un instrumento político carente de condición jurídica oficial. No se puede predecir cuál de estos enfoques adoptaría un tribunal de arbitraje.



### III. APROVECHAMIENTO DE LOS ACUERDOS DE COMERCIO E INVERSIÓN POR PARTE DE LA INDUSTRIA TABACALERA

En su documento de 2001, Bettcher *et al.* identificaron de qué manera la industria tabacalera consideraba los acuerdos comerciales como medios para mejorar el acceso productos de tabaco a los mercados extranjeros.(114) En la actualidad existen al menos cuatro medios principales por los que los acuerdos de comercio e inversión abren los mercados extranjeros a la industria tabacalera. Los acuerdos de comercio e inversión pueden facilitar el acceso a los mercados mediante:

- una reducción de los aranceles aduaneros;
- el supresión de obstáculos no arancelarios al comercio, tales como las medidas sobre monopolios y los reglamentos;
- el suministro de un conjunto de normas jurídicas aplicables a la industria tabacalera ante sus intentos por eludir los reglamentos; y
- la inversión extranjera directa, que podrá ampliar el acceso al mercado en el que se realiza una inversión, así como el acceso a otros mercados con los que el Estado anfitrión tiene arreglos comerciales preferenciales.

La presente sección aborda algunas monografías sobre casos actuales, con el fin de ilustrar la manera en que la industria procura aprovechar los acuerdos de comercio e inversión. Las monografías se basan en documentos preparados por las empresas tabacaleras y otros grupos que representan sus intereses. La sección se divide en dos partes. En la Parte 1 se ofrecen algunos ejemplos de la manera en que la industria utiliza los acuerdos para lograr el acceso a los mercados. En la Parte 2 se facilitan algunos ejemplos actuales sobre la manera en que la industria se basa en los acuerdos de comercio e inversión para tratar de eludir los reglamentos.

#### **A. La industria tabacalera utiliza los acuerdos de comercio e inversión para acceder a los mercados extranjeros**

Los acuerdos comerciales abren y liberalizan los mercados cuando exigen a un Estado extranjero que reduzca los aranceles aduaneros a la importación de productos de tabaco. Los aranceles más bajos reducen los costos relacionados con los productos importados, lo que refuerza la competitividad de los productos importados en lo que atañe al precio. Por consiguiente, la industria tabacalera ha presionado frecuentemente a los funcionarios de comercio exterior con la esperanza de que estos

aboguen por aranceles más bajos para los productos de tabaco en el territorio de los socios comerciales. Por ejemplo, durante el proceso de adhesión de China a la OMC, British American Tobacco presionó a las autoridades de la Unión Europea y de los Estados Unidos para que instaran a China a bajar los aranceles de los productos de tabaco, como parte de su acuerdo de adhesión.(115)

Los acuerdos comerciales también requieren la supresión de algunos obstáculos no arancelarios al comercio. Por ejemplo, en las negociaciones de adhesión de China a la OMC, British American Tobacco presionó a las autoridades de la Unión Europea y de los Estados Unidos para que instaran a China a suprimir un monopolio de distribución y requisitos especiales de habilitación para la venta de productos de tabaco importados.(116) Por otra parte, el hecho de que los acuerdos comerciales se refieran a los obstáculos no arancelarios al comercio genera un espacio que la industria aprovecha con el fin de presionar a funcionarios de comercio exterior en lo que respecta a medidas para el control del tabaco comunes que no violarían los acuerdos en cuestión. Por ejemplo, cuando Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales instó al Japón a abrir su mercado a los cigarrillos de los Estados Unidos, en el decenio de 1980, también lo instó a no restringir la publicidad de productos de tabaco.(117) British American Tobacco también presionó a las autoridades de la Unión Europea y de los Estados Unidos en relación con este punto, en el contexto de la adhesión de China a la OMC.(118)

Los acuerdos internacionales de inversión y comercio también pueden facilitar la inversión extranjera directa, que ofrece a las empresas tabacaleras otro medio de acceso a los mercados extranjeros. Cuando los aranceles a la importación de productos de tabaco se mantienen elevados en un mercado dado, las empresas deciden invertir directamente en ese mercado, para lo cual instalan en él un centro de producción. Esto elude los obstáculos impuestos por los aranceles aduaneros y aumenta la competitividad de los productos del inversor (en lo relativo al precio) en el país receptor de la inversión. Además, la inversión extranjera directa puede fortalecer la competitividad de un producto del inversor en los mercados extranjeros con el que el Estado anfitrión tenga arreglos comerciales preferenciales, por ejemplo, en virtud de un acuerdo comercial regional o un tratado de libre comercio.

## 1. MONOGRAFÍA: LAS NEGOCIACIONES DE LA TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP

Mientras se redactaba el presente documento, algunos Estados Miembros de la Cooperación Económica en Asia y el Pacífico estaban negociando un nuevo acuerdo de comercio e inversión conocido Trans-Pacific Partnership (TPP).<sup>20</sup> En 2009, el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales invitó a formular comentarios sobre el acuerdo propuesto. Una respuesta de Philip Morris International da una idea cabal de la manera en que la empresa aún presiona a los gobiernos con miras a mejorar el acceso a los mercados y limitar la reglamentación en el extranjero. En sus comentarios generales, la tabacalera manifestaba su apoyo a la liberalización del comercio y la inversión en los términos siguientes:

---

20 Brunei, Chile, Nueva Zelandia y Singapur ya son partes en un acuerdo. Australia, Malasia, el Perú, los Estados Unidos y Viet Nam están negociando su incorporación al grupo en nuevos términos.

*«Como empresa muy comprometida con el comercio internacional de manera constante, Philip Morris International respalda la celebración de negociaciones bilaterales, plurilaterales y multilaterales orientadas a promover el libre comercio de bienes, servicios e inversiones; alentar normas de origen uniformes; fomentar la armonización de reglamentos legítimos con base científica; aumentar la eficiencia del traslado de bienes, servicios e inversiones a través de las fronteras nacionales; y proteger los derechos del inversor y los derechos de propiedad intelectual».*(119)

En su presentación, Philip Morris formula algunos comentarios específicos sobre la cobertura de la Trans-Pacific Partnership, las restricciones al uso de marcas comerciales y la protección del inversor.

Con respecto a la cobertura de la Trans-Pacific Partnership, Philip Morris sostiene que el acuerdo debería ser integral y dar lugar a la supresión total de los aranceles sobre todos los bienes. El trasfondo de esta presentación es que, si así lo decidieran, los países de la Trans-Pacific Partnership podrían negociar un acuerdo que no exigiera ninguna reducción adicional de los aranceles de productos de tabaco. A fin de evitar esa posibilidad, Philip Morris afirma que se podrían considerar períodos más largos para la eliminación progresiva, y prever salvaguardias especiales temporales como medios para mitigar los efectos de la supresión obligatoria de los aranceles de productos delicados (entre ellos, los productos de tabaco).

Con respecto a la protección de los derechos de marca, Philip Morris declara que:

*«está cada vez más preocupada por las iniciativas patrocinadas por los gobiernos que de hecho eliminarán o expropiarán valiosos derechos de marca. Philip Morris apoya la inclusión de un amplio capítulo «ADPIC-plus» sobre propiedad intelectual que prevea una norma de protección rigurosa para las marcas y patentes».*

La presentación describe la inquietud a través de un ejemplo tomado de iniciativas legislativas de Australia para exigir el empaquetado sencillo de productos de tabaco, una medida recomendada en las directrices para la aplicación de los artículos 11 y 13 del CMCT de la OMS. Philip Morris sostiene que:

*«mediante la imposición de graves restricciones, equivalentes a una expropiación, sobre el ejercicio de derechos de propiedad intelectual de larga data y extremadamente valiosos, el empaquetado sencillo limitaría indebidamente la libertad de expresión comercial, restringiría considerablemente la competencia, y violaría las obligaciones de Australia contraídas en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC [nota de pie de página omitida]. Teniendo en cuenta, por una parte, la falta de pruebas que demuestren que el empaquetado sencillo logrará alcanzar los objetivos de salud pública fijados [nota de pie de página omitida] y, por otra parte, la amplia gama de medidas eficaces para reducir la incidencia del tabaquismo, el empaquetado sencillo no es un medio apropiado ni proporcionado para abordar cuestiones relacionadas con el hábito de fumar» [nota de pie de página omitida]*

En esencia, Philip Morris alega que el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales debería abogar por disposiciones rigurosas sobre propiedad intelectual en la Trans-Pacific Partnership, a fin de evitar iniciativas como las de empaquetado sencillo.

Con respecto a la protección del inversor, Philip Morris sostiene que la Trans-Pacific Partnership debería incluir un capítulo sobre inversión que prevea la solución de controversias entre el inversor y el Estado y permita a los inversores extranjeros presentar denuncias ante tribunales internacionales de arbitraje. Básicamente, Philip Morris procura incluir disposiciones similares a las que invoca en su denuncia contra el Uruguay ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Esto ampliaría la capacidad de la empresa para presentar denuncias de este tipo en países tales como Australia.<sup>21</sup>

En abril de 2011, con posterioridad a las alegaciones de Philip Morris, el Gobierno de Australia emitió una declaración sobre política comercial. El Gobierno se distanció de la cuestión relativa a la solución de controversias entre los inversores y el Estado, manifestó su intención de evitar acuerdos que pudieran limitar la autonomía de Australia en materia de reglamentación, y declaró:

*«El Gobierno de la Sra. Gillard apoya el principio de trato nacional, a tenor del cual las empresas extranjeras y nacionales reciben un trato igualitario de conformidad con la legislación. Sin embargo, el Gobierno no respalda disposiciones que otorgarían a empresas extranjeras mayores derechos jurídicos que a las empresas nacionales. El Gobierno tampoco respalda disposiciones que pudieran limitar la capacidad de los Gobiernos de Australia para legislar sobre cuestiones sociales, medioambientales y económicas siempre que esas leyes no discriminen entre empresas nacionales y extranjeras. El Gobierno no ha aceptado ni aceptará disposiciones que limiten su capacidad para aplicar a los proyectos de resolución advertencias sanitarias o requisitos de empaquetado sencillo, ni su capacidad para continuar con el Plan de Prestaciones Farmacéuticas.*

*En el pasado, a instancias de las empresas australianas, los Gobiernos de Australia han tratado de incluir procedimientos de solución de controversias entre los inversores y el Estado, en los acuerdos comerciales con países en desarrollo. El Gobierno de la Sra. Gillard abandonará esa práctica. Si las empresas australianas están preocupadas por el riesgo soberano en los países que comercian con Australia, será preciso que realicen sus propias evaluaciones y determinen si desean comprometerse a invertir en esos países».*(120)

Aunque la posición del Gobierno de Australia sugiere que las presiones de Philip Morris sobre el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales difícilmente tendrán éxito en lo que respecta al empaquetado sencillo, la argumentación relativa a la Trans-Pacific Partnership ofrece un ejemplo actual del tipo de resultado que persigue la industria tabacalera a través de los acuerdos de comercio e inversión. Esos resultados incluyen reducciones de aranceles en el extranjero, mayor protección de las marcas comerciales de la industria tabacalera, y el derecho de presentar denuncias ante tribunales internacionales de arbitraje para oponerse a una reglamentación. Desde entonces, y paralelamente a esta estrategia, Philip Morris ha presentado una reclamación contra Australia en virtud del tratado bilateral de inversión entre Australia y Hong Kong.

---

21 Australia ha concertado tratados de libre comercio que incluyen capítulos sobre inversiones, y tratados bilaterales de inversión con algunos países de la Trans-Pacific Partnership. No obstante, el tratado de libre comercio de Australia con los Estados Unidos incluye un capítulo sobre inversión que no permite la solución de controversias entre el inversor y el Estado.

## 2. USO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA Y DE LUGARES ESTRATÉGICOS PARA MEJORAR EL ACCESO A LOS MERCADOS DE ASIA

Los acuerdos internacionales de inversión y los tratados de libre comercio pueden crear incentivos para la inversión extranjera. En el contexto del tabaco, esos acuerdos se pueden utilizar para obtener un mejor acceso a los mercados, lo que no sería posible desde el país de origen de la empresa. Esos acuerdos se pueden utilizar también con el fin de crear sedes para iniciar litigios internacionales.

Los acuerdos comerciales preferenciales, tales como los tratados de libre comercio, ofrecen a los países participantes un acceso favorable a los mercados. De conformidad con el GATT, los Miembros de la OMC tienen derechos arancelarios consolidados que no se pueden exceder. Sin embargo, los Miembros de la OMC pueden concertar arreglos regionales o bilaterales. Esos arreglos liberalizan sustancialmente el comercio entre los participantes, lo que entraña, fundamentalmente, la eliminación de todos los aranceles entre los países participantes en un arreglo regional o bilateral. Los países participantes se benefician de un mejor acceso recíproco a sus mercados, gracias principalmente a aranceles aduaneros más reducidos. Los bienes de los países participantes probablemente reciban acceso preferencial, ya que los aranceles aplicables a los bienes procedentes del territorio de un país participante serán más bajos que los aplicables a los procedentes del territorio de otros Miembros de la OMC que no tengan un acuerdo similar con el país importador (suponiendo que el país importador no aplique un tipo arancelario más bajo que el límite arancelario máximo previsto en sus compromisos consolidados).

La producción de cigarrillos Philip Morris en Filipinas por parte de Philip Morris Philippines Manufacturing Inc. (PMPMI) ejemplifica la manera en que los acuerdos comerciales preferenciales se pueden utilizar para acceder a mercados extranjeros. Filipinas y Tailandia son miembros de la ASEAN y participantes del Zona de Libre Comercio de la ASEAN (AFTA). En virtud del Acuerdo sobre la OMC, Tailandia puede aplicar aranceles a la importación de productos de tabaco, incluidos los cigarrillos. En la actualidad, Tailandia aplica un arancel del 60% *ad valorem* a los cigarrillos procedentes del territorio de Miembros de la OMC. Sin embargo, con arreglo a los acuerdos que gobiernan la AFTA, Tailandia no grava con aranceles la importación de cigarrillos originarios de Miembros de la AFTA, y grava con un arancel del 5% *ad valorem* la importación de cigarrillos procedentes de nuevos Miembros.<sup>(121)</sup> Por consiguiente, los cigarrillos procedentes de Filipinas reciben trato preferencial en comparación con los de otros Estados que no tienen un arreglo similar con Tailandia. Como se explicó anteriormente, la teoría del comercio sugeriría que ese acceso preferencial podría reducir los precios, aumentar la competencia y alentar el consumo en países como Tailandia.

Otra posible consecuencia de la inversión extranjera directa como la realizada en Filipinas es que menoscabará los esfuerzos nacionales orientados al control del tabaco, dado que modifica la economía política del control del tabaco. Por ejemplo, en 2003, la Presidente Arroyo declaró que la inauguración de un centro de producción de Philip Morris en Filipinas demostraba la confianza de los inversores en su Gobierno.<sup>(122)</sup> A través de esta declaración, el Gobierno de Filipinas relacionaba directamente su éxito para atraer inversión extranjera directa, con el éxito de Philip Morris. Ulteriormente, el Gobierno de Filipinas apoyó a Philip Morris al presentar ante la OMC la denuncia antes mencionada contra Tailandia, en *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*.

Esta controversia refleja también la manera en que la inversión extranjera directa y los acuerdos comerciales preferenciales pueden, por medio de los tratados de libre comercio, crear una base desde la cual entablar litigios internacionales. Más específicamente, la inversión extranjera directa de este tipo puede incentivar a un Gobierno a presentar una denuncia internacional en nombre de una empresa tabacalera, mientras que ese incentivo podría no haber existido anteriormente. Asimismo, en el contexto de la solución de controversias entre inversores y Estados, Philip Morris situó estratégicamente sus activos con el fin de aprovechar los tratados de inversión concertados por los Estados. Por ejemplo, el Gobierno de Australia sostuvo que Philip Morris (Asia) Ltd. solo adquirió participación en su subsidiaria australiana después de que se anunciara que el Gobierno planeaba aplicar normas sobre empaquetado sencillo. El argumento esgrimido por Australia es que Philip Morris lo hizo para presentar la denuncia en cuestión.<sup>(123)</sup>

## **B. La industria tabacalera invoca acuerdos de comercio e inversión para tratar de oponerse a la reglamentación**

Con frecuencia las empresas tabacaleras se basan en acuerdos internacionales de inversión y comercio para intentar eludir los reglamentos nacionales. Por ejemplo, la industria aduce que muchas medidas para el control del tabaco violan obligaciones jurídicas de Miembros de la OMC, y que, en virtud del derecho internacional en materia de inversión, algunas medidas conllevan el pago de indemnización.

Según lo demuestra el análisis que figura en la Parte II, las controversias reales concernientes a la legislación sobre comercio o inversión han sido excepcionales en relación con las medidas para el control del tabaco destinadas a proteger la salud pública. Uno de los motivos por los que así ha sido, es que las propias empresas tabacaleras no están en posición de presentar denuncias ante la OMC, y solo podrían presentar reclamaciones por inversiones en casos muy limitados bajo jurisdicción de un tratado pertinente. Otro motivo posible es que la comprobación de los argumentos de la industria para resolver una controversia internacional conlleva el riesgo, para la industria, de que esos argumentos sean desestimados y ello menoscabe su utilización para ejercer presión.

Dicho esto, algunas controversias se han planteado. La denuncia de Philip Morris (Suiza) contra el Uruguay es un ejemplo. Sin embargo, incluso esta controversia se podría ver como un intento de persuadir a un gobierno para que reduzca las medidas orientadas al control del tabaco. Dos aspectos de la Solicitud de Arbitraje presentada por Philip Morris (Suiza) *et al.* sugieren que el objetivo principal es la reducción de las medidas para el control del tabaco, más bien que la obtención de una indemnización. En primer lugar, la Solicitud de Arbitraje se presentó apenas unos días antes de que el Presidente Tabaré Vázquez, un firme partidario del control del tabaco, finalizara su mandato. El momento sugería que las partes reclamantes estaban poniendo a prueba el compromiso político del nuevo Gobierno del Uruguay en lo concerniente al control del tabaco. En segundo lugar, la principal solución buscada en la Solicitud de Arbitraje es una orden de anulación de las medidas para el control del tabaco, en vez de una indemnización.

El incentivo por el que la industria recurre a los acuerdos de comercio e inversión para ejercer presión o presentar reclamaciones es alto también cuando las medidas en cuestión son potencialmente pioneras. Por ejemplo, al exigir que las advertencias cubran el 80% de la superficie del paquete y



aplicar el requisito de presentación única, el Uruguay fue más allá de lo que ningún país había ido hasta ese momento. Por consiguiente, el arbitraje que concierne al Uruguay se podría considerar como un medio para disuadir a otros países de la aplicación de medidas similares, o demorar esa medida. Lo mismo se podría decir en el contexto del empaquetado sencillo, dado que Australia es el primer Estado en aplicar esa medida.

En el caso de medidas ya establecidas, es probable que existan menos dudas a la hora de determinar su legitimidad. Por ejemplo, la industria suele argumentar que la prohibición de descripciones tales como «ligeros» y «suaves», que son engañosas cuando se utilizan para los productos de tabaco, viola el Acuerdo sobre los ADPIC porque las descripciones también son marcas comerciales registradas. Por ejemplo, Japan Tobacco International ha sostenido frecuentemente que la prohibición del uso de la marca «Mild7» violaría el Acuerdo sobre los ADPIC. Sin embargo, muchos países han aplicado esas medidas, en respaldo de las instancias normativas que prohíben el uso engañoso de esos términos. En cierto sentido, la unión hace la fuerza, porque el hecho de que muchos países hayan aplicado una medida puede reafirmar la necesidad o proporcionalidad de esa medida.

La manera en que la industria ha enfocado las nuevas medidas potencialmente pioneras se puede ilustrar también mediante monografías relacionadas con la decisión de Australia sobre el empaquetado sencillo y la experiencia del Canadá en lo que respecta a las restricciones impuestas a los productos de tabaco aromatizados.

## 1. MONOGRAFÍA: AUSTRALIA ADOPTA EL EMPAQUETADO SENCILLO

El Gobierno de Australia aprobó legislación en virtud de la cual los productos de tabaco deben ir en un paquete sencillo a partir de diciembre de 2012. De conformidad con la Ley sobre empaquetado sencillo de 2011 (Commonwealth), a partir del 1 de octubre de 2012 todos los productos de tabaco fabricados o empaquetados en Australia para el consumo interno deberán tener empaquetado sencillo. Para el 1 de diciembre de 2012, también deberán tener empaquetado sencillo todos los productos de tabaco que se vendan en Australia. La legislación prohibirá los logotipos de la industria tabacalera, las imágenes de marca, los colores y textos promocionales que no sean la marca y los nombres de variantes, que deberán ir en un color, una posición y una letra de tipo y tamaño normalizados. La legislación también limitará el uso de marcas y logotipos en productos de tabaco. Esta iniciativa ofrece un estudio interesante sobre la manera en que la industria tabacalera invoca los acuerdos de comercio e inversión en sus intentos por oponerse a la reglamentación.

La primera fase de los cabildeos de la industria tabacalera tuvo lugar en el contexto de un informe del Grupo de Tareas australiano sobre salud preventiva (Australian Preventative Health Taskforce) que, entre otras cosas, examinó la reglamentación australiana sobre productos de tabaco. El Grupo de Tareas, integrado por médicos expertos en salud pública, fue presionado por la industria tabacalera, especialmente en lo relativo a la legitimidad del empaquetado sencillo.

La segunda fase de los cabildeos se produjo antes de que el Gobierno de Australia anunciara la aplicación de las disposiciones sobre empaquetado sencillo, cuando un senador independiente presentó en el Parlamento de Australia el proyecto de ley sobre empaquetado sencillo de productos de tabaco, en 2009 (supresión de la marca en los paquetes de cigarrillos). El proyecto de ley se

remitió para examen parlamentario, y se permitió que el público efectuara propuestas. Esas propuestas revelan la manera en que la industria tabacalera congrega en su defensa a cámaras de comercio y grupos industriales similares, grupos de estudio de tendencia libertaria, estudios jurídicos, círculos académicos y asociaciones de abogados especializados en propiedad intelectual. Las propuestas también ilustran cómo la industria y sus defensores utilizan argumentos jurídicos selectivos, en el mejor de los casos, y a veces engañosos. Esos argumentos parecen estar concebidos para abrumar a las instancias decisorias del ámbito de la salud pública, cuya capacidad puede ser limitada para realizar un análisis jurídico del derecho internacional en materia de comercio e inversión.

La industria tabacalera pasó a una nueva fase después de que el Gobierno de Australia se comprometiera públicamente a introducir la legislación sobre empaquetado sencillo. El Gobierno difundió un proyecto de esa legislación y solicitó la opinión del público al respecto. Asimismo, Australia notificó a otros Miembros de la OMC de su intención de aplicar la legislación, lo que desencadenó deliberaciones en el Comité OTC y en el Consejo de los ADPIC.

#### i) Movilización de agentes afines a la causa

En 2011 el Parlamento de Australia realizó dos investigaciones separadas sobre la legislación relativa a empaquetado sencillo. En ambas se utilizaron informes recibidos de diversas fuentes.<sup>(124)</sup> En el contexto específico del derecho internacional en materia de comercio e inversión, Philip Morris Limited presentó documentos preparados por estudios jurídicos y académicos. En sus respectivas alegaciones, American Tobacco Australia e Imperial Tobacco Australia Limited decidieron abordar cuestiones relativas al derecho en materia de comercio e inversión.

En la primera investigación, se recibieron no menos de cuatro alegaciones sobre derecho internacional en materia de comercio e inversión, enviadas por instituciones dedicadas a la defensa de causas libertarias o la protección de la libre empresa, muchas de las cuales tienen su sede en Washington, D.C. También se recibieron alegaciones de grupos industriales con sede en los Estados Unidos y en otros países, asociaciones de abogados de propiedad intelectual y un Gobierno extranjero.

En la primera investigación, 17 alegaciones sostuvieron que si se aplicaran las disposiciones sobre empaquetado sencillo Australia violaría normas internacionales de comercio o de inversión. Aunque las deliberaciones se centran en las tácticas de la industria tabacalera, es conveniente señalar que algunas alegaciones expresaron una opinión divergente, según la cual las disposiciones sobre empaquetado sencillo son legítimas en el marco de los compromisos internacionales de Australia.

#### ii) Uso selectivo de las fuentes jurídicas

El presente documento no tiene la finalidad de abordar en detalle el valor jurídico de las alegaciones formuladas.<sup>(125)</sup> y <sup>(126)</sup> Ahora bien, las alegaciones no reflejan una voluntad imparcial de sopesar las cuestiones jurídicas y asesorar respecto de sus méritos. Antes bien, las fuentes jurídicas se utilizan de manera selectiva; se citan las fuentes favorables a los intereses de la industria y se omiten las fuentes desfavorables. Este uso de la legislación en los cabildeos de la industria está bien documentado. Por ejemplo, Physicians for a Smoke-Free Canada han identificado la manera en que los documentos de la industria tabacalera revelan que, según la percepción de la industria, algunos acuerdos, por ejemplo el de los ADPIC, no ofrecen protección contra medidas tales como las relativas

a empaquetado sencillo y cómo, a pesar de ello, la industria ha afirmado lo contrario en sus cabildeos.(127)

Salvo unas pocas excepciones, las alegaciones presentadas ante el Gobierno de Australia en contra de la medida de empaquetado sencillo omiten mencionar principios esenciales que confirman el alcance de la autonomía de Australia en materia de reglamentación. Esos principios abarcan:

- los derechos derivados de la marca (según se establecen en el derecho internacional) son derechos negativos que permiten a su titular excluir a terceros de la utilización de una marca en determinadas circunstancias, pero no son un derecho positivo para la utilización de una marca comercial registrada;
- el Acuerdo sobre los ADPIC prevé flexibilidades que permiten a los Miembros de la OMC reglamentar en favor del interés público, según se reconoce en la Declaración de Doha;
- el artículo del Acuerdo sobre los ADPIC establece los principios que se utilizarán en la interpretación del Acuerdo, incluido el principio a tenor del cual los Miembros de la OMC podrán adoptar medidas necesarias para proteger la salud pública; y
- la distinción, en el marco de los acuerdos internacionales de inversión, entre la expropiación indirecta y la reglamentación gubernamental no indemnizable, por ejemplo, el ejercicio de poderes de policía.

### iii) Cabildeos en el Comité OTC y el Consejo de los ADPIC

Mientras se redactaba el presente documento, algunos Miembros de la OMC habían adoptado los argumentos manifestados por la industria tabacalera y los habían presentado en el Consejo de los ADPIC de la OMC, o en el Comité OTC. En la sesión del Consejo de los ADPIC celebrada el 7 de junio de 2011, la República Dominicana manifestó su preocupación por el hecho de que el empaquetado sencillo pudiera violar el artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC. La República Dominicana recibió el apoyo de algunos Miembros de la OMC, incluidos algunos que son Partes en el CMCT de la OMS.(128) Esa preocupación se manifestó nuevamente en las sesiones del Consejo de los ADPIC celebradas los días 24 y 25 de octubre de 2011, y 28 y 29 de febrero de 2012.(129) Argumentos similares se presentaron en las sesiones del Comité OTC de los días 15 y 16 de junio y 10 y 11 de noviembre de 2011, en las que algunos Miembros de la OMC sugirieron que el empaquetado sencillo era una medida más restrictiva del comercio que lo necesario para lograr los objetivos fijados por Australia. Las actas de la sesión de junio revelan con bastante claridad que los Miembros estaban cuestionando el empaquetado sencillo en sí mismo, y no algún elemento específico de la aplicación de esa medida por parte de Australia.(130)

En sustancia, las objeciones planteadas contra el empaquetado sencillo en el Consejo de los ADPIC y el Comité OTC son similares, en gran medida, a las planteadas por las empresas tabacaleras en sus alegaciones ante el Gobierno de Australia. Desde la perspectiva de las normas de la OMC, es importante el argumento esgrimido por la República Dominicana de que no existen pruebas científicas suficientes de que el empaquetado sencillo sea un método eficaz para el control del tabaco.(131)

Ante esa preocupación, Australia puso de relieve el hecho de que la medida había sido recomendada por un comité australiano de prominentes expertos en salud pública, y señaló una investigación experimental examinada por homólogos, que sugería que la medida sería un medio eficaz para

alcanzar los objetivos perseguidos.(132) La medida relativa al empaquetado sencillo ha recibido el apoyo de algunos Miembros de la OMC, entre ellos el Canadá, Noruega, Nueva Zelandia y el Uruguay.

La OMS y la Secretaría del CMCT de la OMS estuvieron representadas en la sesión del Comité OTC. La OMS se refirió a los efectos del tabaco en la salud pública y destacó las disposiciones y directrices del CMCT de la OMS relativas al empaquetado sencillo. Además, la OMS puso de relieve que investigaciones examinadas por especialistas homólogos indican que el empaquetado sencillo «aumentaría los efectos de las advertencias sanitarias, reduciría los mensajes falsos y engañosos que inducen a los consumidores a creer erróneamente que algunos productos de tabaco son más inocuos que otros, y reduciría el atractivo de los productos en segmentos de la población a los que apuntan concretamente las empresas tabacaleras».(133)

Como se mencionó anteriormente, Honduras y Ucrania presentaron oficialmente solicitudes de consultas con Australia, que es el primer paso del mecanismo de solución de controversias de la OMC.

## 2. MONOGRAFÍA: EXPERIENCIA DEL CANADÁ CON LAS RESTRICCIONES A LOS PRODUCTOS DE TABACO AROMATIZADOS

La experiencia del Canadá en la imposición de restricciones a los productos de tabaco aromatizados ofrece otro ejemplo de los intentos de la industria tabacalera por oponerse a la reglamentación mediante la invocación de acuerdos internacionales de inversión y comercio. Esta monografía también destaca la manera en que la industria congrega a agentes afines a su causa. Además, el trabajo ilustra de qué forma los argumentos basados en el derecho internacional en materia de comercio e inversión pueden afectar las actividades relacionadas con el CMCT de la OMS.

En 2009, el Parlamento del Canadá aprobó una Ley que modificaba la Ley sobre el tabaco, conocida también como la Ley sobre medidas enérgicas contra la mercadotecnia de tabaco dirigida a los jóvenes (*Cracking Down on Tobacco Marketing Aimed at Youth Act*). Esta Ley entró en vigor en julio de 2010. Entre otras cosas, la Ley prohíbe el uso de determinados aditivos, especialmente algunos aromas en los cigarrillos, cigarritos y *blunt wraps* (hojas de tabaco enrolladas). Esta prohibición incluye los aromas utilizados para mejorar el sabor de los cigarrillos de estilo americano, que contienen tabaco burley, que representan menos del 1% del mercado canadiense de tabaco. Como en el caso de las medidas aplicadas en los Estados Unidos, existe una excepción para los productos aromatizados con mentol. El Ministerio de Salud del Canadá sostuvo que los cigarrillos aromatizados con mentol ya estaban establecidos en el mercado, y que la nueva medida estaba dirigida a nuevos productos concebidos para atraer a los niños e iniciarlos en el consumo de tabaco.(134)

Las normas internacionales sobre comercio e inversión se han abordado en las deliberaciones políticas en tres niveles. En primer lugar, diversas entidades presionaron al Gobierno del Canadá antes de que se promulgara la Ley, con el argumento de que constituiría una violación de los compromisos internacionales de comercio e inversión del Canadá. Las entidades referidas eran empresas tabacaleras, gobiernos extranjeros y cargos electos de otros países.(135)

En segundo lugar, la legislación se examinó en el Comité OTC. Cabe recordar que, según se indicó en el examen del AOTC, el Comité OTC ofrece un foro para analizar reglamentos técnicos. En ese contexto, los Miembros de la OMC han cuestionado las bases científicas de las medidas adoptadas por el Canadá, y han afirmado que son más restrictivas del comercio que lo necesario para alcanzar el objetivo de reglamentación fijado por ese país.<sup>(136)</sup> Se hicieron objeciones, principalmente por parte de países en los que se cultiva el tabaco. Mientras se redactaba el presente documento, parecían proseguir las deliberaciones en el Comité OTC, si bien ningún Miembro de la OMC había presentado una solicitud oficial de consultas con el Canadá, que es el primer paso del mecanismo de solución de controversias.

En tercer lugar, la controversia relativa a las medidas adoptadas por el Canadá se tradujo en negociaciones durante la cuarta reunión de la Conferencia de las Partes en el CMCT de la OMS. En esa reunión, las Partes adoptaron directrices parciales para la aplicación de los artículos 9 y 10 del Convenio. Una de las cuestiones abordadas en esas negociaciones fue la orientación que se debería dar a la reglamentación de productos de tabaco aromatizados. El proyecto de directrices presentado a la Conferencia de las Partes sugería que las Partes deberían prohibir o restringir ingredientes que se pudieran utilizar para mejorar la palatabilidad, incluidas sustancias aromatizantes. Durante el examen del texto, al menos una Parte se basó en el derecho mercantil internacional para argumentar contra la inclusión de la disposición.

Por su parte, el Canadá mantuvo las medidas y sostuvo que cumplían las normas de la OMC. En algunos aspectos, las medidas adoptadas por el Canadá ofrecen un ejemplo para otros Estados. El Gobierno estaba preparado para responder a los argumentos planteados en el contexto de la presión ejercida por la industria, porque se había asesorado jurídicamente antes de promulgar la legislación. Además, el Gobierno del Canadá estaba en buena posición para determinar cómo afectaría la medida a los productos importados y nacionales, dado que el Gobierno recopila información básica sobre la composición del mercado. Así, el Gobierno pudo determinar que los cigarrillos aromatizados al estilo americano representaban menos del 1% del mercado nacional.

La experiencia del Canadá en la restricción de productos de tabaco aromatizados, así como la de Australia con el empaquetado sencillo, continúa. Ambos casos ilustran los extremos a los que puede llegar la industria en sus intentos por oponerse a nuevas medidas para el control del tabaco, así como la manera en que utiliza la legislación sobre comercio e inversión con esa finalidad.

## IV. RETOS PARA EL CONTROL DEL TABACO PLANTEADOS POR LOS ACUERDOS DE COMERCIO E INVERSIÓN

Según se examinó anteriormente, los acuerdos de comercio e inversión plantean dos riesgos generales para el control del tabaco. Uno de ellos es que el comercio y la inversión en el sector tabacalero darán lugar a un estímulo de la demanda y al consiguiente aumento de las tasas de morbilidad y mortalidad. En el plano interno, ese riesgo plantea un reto para la coordinación y la coherencia de las políticas. Otro riesgo, examinado anteriormente, era que los acuerdos de comercio e inversión pudieran limitar la autonomía nacional en materia de reglamentación. En el plano interno existen diversos retos generados por este riesgo, incluida la necesidad de asegurar que la capacidad jurídica sea suficiente para analizar cuestiones jurídicas y garantizar que la voluntad política no se vea socavada por reclamaciones espurias. A continuación se examinan esos retos y algunos de los enfoques adoptados para superarlos.

### A. Retos para la coordinación de las políticas

Los gobiernos afrontan retos para coordinar las políticas de salud pública con las de comercio e inversión. Mientras un departamento gubernamental puede estar abogando por una política rigurosa para el control del tabaco, otro podría estar preparando la liberalización del comercio del tabaco, la aceptación de inversión extranjera directa en el sector tabacalero, e incluso la promoción de la exportación de productos de tabaco. Las dificultades generales para coordinar las políticas y darles coherencia están bien identificadas en el plano internacional.<sup>(137)</sup> Esto también ocurre en el contexto del comercio y la salud, como se refleja en la resolución WHA59.26, descrita anteriormente, y en un corpus de publicaciones académicas.<sup>(138)</sup> En última instancia, si no se coordinan las políticas será difícil maximizar los posibles beneficios económicos del comercio y la inversión y, al mismo tiempo, asegurar la protección contra los efectos negativos para la salud.

El hecho de que la celebración de negociaciones comerciales generalmente se oculte al público constituye un reto central para la coordinación de las políticas. La principal justificación de ese secretismo es que de esa manera se aísla a los gobiernos de las demandas proteccionistas de sus industrias locales.<sup>(139)</sup> Una crítica de este enfoque sostiene que con ello se menoscaba la legitimidad democrática del régimen comercial y se dificulta la contribución de la sociedad civil en lo que podrían ser importantes decisiones de políticas públicas. Otra perspectiva más crítica sobre el *statu quo* es que tiene un efecto opuesto al deseado, porque privilegia a un grupo de «iniciados»,



incluidos grupos industriales poderosos que tienen acceso a funcionarios del gobierno y cargos electos, y excluyen a una amplia franja de la sociedad.

Otro reto para la coordinación normativa reside en los obstáculos existentes entre el sector sanitario, por una parte, y los sectores de comercio e inversión, por la otra. Por lo general, los funcionarios del área de salud tienen una capacidad limitada para interactuar con funcionarios del área de comercio e inversión en lo que respecta a la política comercial. Asimismo, no es frecuente que los funcionarios del área de comercio o inversión estén capacitados en salud pública, lo que limita sus posibilidades para identificar las posibles consecuencias de sus medidas en la salud pública. Esas diferencias entre las distintas instancias normativas se reflejan cabalmente en la manera en que algunos Miembros de la OMC han cuestionado las medidas para el control del tabaco en la OMC, a pesar de haber respaldado esas mismas medidas en el ámbito del CMCT de la OMS.

En el contexto del control del tabaco se podrían mencionar las siguientes medidas gubernamentales, como ejemplos de falta de coordinación entre las políticas de comercio e inversión y las políticas de salud pública:

- oposición a medidas para el control del tabaco que habían sido respaldadas en otros foros internacionales, entre ellos la Conferencia de las Partes en el CMCT de la OMS;
- reducción de los aranceles sobre los productos de tabaco sin utilizar otras medidas, por ejemplo, impuestos, para contrarrestar los efectos de los aranceles más bajos en los precios;
- compromisos contraídos con inversores extranjeros que podrían socavar la capacidad del Gobierno para aplicar su programa de salud pública; y
- concertación de acuerdos internacionales de inversión en los que no se aclara el sentido de disposiciones clave, tales como las invocadas por Philip Morris contra el Uruguay.

Para la coordinación de políticas no existe un enfoque perfecto que sea eficaz en todas las circunstancias. El más destacado es el modelo de evaluación de efectos sobre la sostenibilidad utilizado por la Comisión Europea.<sup>(140)</sup> Ese enfoque recurre a expertos externos para realizar evaluaciones previas de las repercusiones económicas, sociales y medioambientales derivadas de un posible acuerdo comercial. Las evaluaciones examinan el posible efecto en los países de la Unión Europea y en sus socios comerciales. No obstante, algunos comentaristas han cuestionado ese proceso porque, en su opinión, las empresas tabacaleras han tratado de asegurar que mantenga una orientación comercial.<sup>(141)</sup>

Otros comentaristas han abogado por cambios más amplios que refuercen los compromisos y las capacidades en materia de salud y reafirmen los objetivos sanitarios en el contexto de la política comercial. Esas propuestas exigirían que diversos agentes (incluidos los gobiernos) se esforzaran en fortalecer la base de datos probatorios de los vínculos entre comercio y salud. Según lo sugieren esas propuestas, los gobiernos deberían asegurar que los representantes del sector sanitario participen en la adopción de decisiones del sector mercantil, por ejemplo, mediante su incorporación en delegaciones comerciales y el establecimiento de comités interdepartamentales.<sup>(142)</sup>

Otros abogaron, no tanto por la coordinación de las políticas, sino por la reafirmación de los intereses sanitarios por encima de los intereses económicos, mediante la exclusión de los productos

de tabaco en los acuerdos comerciales. Sin embargo, este enfoque se cuestionó porque socavaría la eficiencia económica, protegería las industrias tabacaleras de los países desarrollados y permitiría la adopción de medidas reglamentarias discriminatorias debido a la falta de fundamentos sanitarios que justifiquen la discriminación.(143) y (144)

El presente documento no tiene la finalidad de evaluar los beneficios de los diferentes enfoques para fortalecer la coherencia normativa. Sin embargo, se puede señalar que la comunidad dedicada al control del tabaco debe vigilar la política de comercio e inversión y participar en su formulación, con el fin de superar los retos para la salud pública.

## **B. Limitaciones de la capacidad jurídica y menoscabo de la voluntad política**

Está demostrado que muchos países, especialmente países en desarrollo, disponen de una capacidad interna muy limitada en las esferas de derecho internacional en materia de comercio e inversión. Esto restringe la capacidad de los gobiernos para identificar sus obligaciones internacionales de comercio e inversión cuando aplican medidas de salud pública.

Las limitaciones de la capacidad jurídica pueden dar lugar a consecuencias negativas. Una de ellas es que los argumentos de la industria parecen más creíbles, a los ojos del Gobierno, de lo que realmente son, y que los gastos de asesoramiento jurídico incrementan los costos relacionados con el control del tabaco. Esas consecuencias pueden afectar la voluntad política necesaria para aplicar medidas de salud pública. Por ejemplo, la perspectiva de un litigio altera el análisis costo-beneficio de la aplicación de una medida para el control del tabaco al incrementar los gastos iniciales por concepto de asesoramiento jurídico, así como el tiempo invertido por los funcionarios gubernamentales. Los riesgos financieros y de otra índole asociados con la pérdida de un litigio también aumentan los posibles costos derivados de una política gubernamental. Además, es razonable que, siempre que los riesgos jurídicos relacionados con una medida para el control del tabaco sean importantes en las decisiones políticas de un gobierno, la capacidad para evaluar esos riesgos deberá ser igualmente importante.

Para superar las limitaciones de la capacidad jurídica de los gobiernos en materia de derecho mercantil, se adoptan diversos enfoques. La Secretaría de la OMC ha ofrecido a países en desarrollo y países menos adelantados asistencia técnica amplia sobre cuestiones relacionadas con el comercio.(145) Asimismo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo prestó un importante apoyo a países en desarrollo en cuestiones relativas a inversión internacional. Algunos Miembros de la OMC establecieron el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, que proporciona asesoramiento y representación a los países en desarrollo y los países menos adelantados.(146) Otro enfoque, utilizado por algunos Estados, consiste en contratar servicios de consultoría privada. Por ejemplo, desde que ingresó a la OMC en 2001, China ha recurrido frecuentemente el asesoramiento privado y le ha encargado que colabore con los juristas nacionales con el fin de compensar su limitada capacidad y asegurar el fortalecimiento de la capacidad jurídica nacional.(147)

Ahora bien, los logros concernientes al fortalecimiento de la capacidad son limitados. El fortalecimiento de la capacidad puede ser más difícil en el contexto del derecho internacional en materia de inversiones, por cuanto esa esfera carece de un régimen multilateral unificador como el de la OMC. Además, el fortalecimiento de la capacidad interna en las esferas de comercio y salud pueden ser de limitado interés para gobiernos que gestionan pequeñas economías en las que la política mercantil no es prioritaria. Por otra parte, aunque la capacidad en materia de derecho mercantil y de inversión sea sólida, el hecho de que los abogados especializados en esos campos generalmente no estén familiarizados con los fundamentos subyacentes de las medidas para el control del tabaco, o con las decisiones de política pertinentes, puede menoscabar su capacidad para proporcionar un asesoramiento apropiado.

Estas limitaciones sugieren que podría ser conveniente considerar los beneficios de nuevas iniciativas. Un enfoque consiste en adoptar un modelo de fortalecimiento de la capacidad y procurar que los Estados dispongan de cierta capacidad permanente para abordar esas cuestiones. En ese contexto, convendría examinar, entre otras iniciativas, las que incluyen la capacitación de juristas especializados en salud pública en lo relativo a la interacción del derecho mercantil con la salud, y sensibilizar a los abogados especializados en comercio e inversión acerca de cuestiones concernientes al control del tabaco y la salud pública. Otro enfoque consistiría en crear un mecanismo que suministrara información y asistencia a los Estados en función de cada caso en particular.

## V. OBSERVACIONES FINALES

Muchas cosas han pasado desde que Bettcher *et al.* publicaron su importante documento en 2001. Estudios empíricos y descriptivos han tratado de confirmar que la liberalización del comercio y la inversión extranjera directa puede poner en peligro las iniciativas para el control del tabaco. Más específicamente, sin embargo, importantes progresos normativos han contribuido a aclarar el alcance de la autonomía nacional en materia de reglamentación, en el marco de acuerdos internacionales de inversión y comercio. La jurisprudencia de la OMC, la entrada en vigor del CMCT de la OMS, las tendencias del derecho internacional en lo relativo a inversiones, así como las declaraciones de órganos internacionales, han respaldado la conclusión de que los Estados tienen amplias atribuciones para contraer compromisos relativos al control del tabaco en virtud del derecho internacional.

No obstante, a medida que los Estados desarrollaron leyes más rigurosas para el control del tabaco, se empezó a cuestionar su autoridad. Mientras se redactaba el presente documento tenían lugar varias controversias internacionales. En el marco de la OMC, Honduras y Ucrania han solicitado celebrar consultas con Australia en relación con el empaquetado sencillo. En conexión con sus inversiones en el Uruguay, Philip Morris (Suiza) *et al.* presentaron una reclamación internacional relacionada con las medidas sobre empaquetado de productos de tabaco. Philip Morris (Asia) presentó una reclamación contra Australia en relación con el empaquetado sencillo. Asimismo, Philip Morris (Noruega) presentó una reclamación en tribunales noruegos, en cuya alegación invoca un acuerdo comercial con relación a prohibiciones de exposición de productos de tabaco en los puntos de venta.

Esas controversias sugieren que la industria tabacalera utilizará los acuerdos internacionales de inversión y comercio para oponerse a nuevos progresos en materia normativa que refuercen las medidas para el control del tabaco. En ese contexto, la coordinación de políticas y la capacidad jurídica están cobrando cada vez mayor importancia, dado que si no se logra una protección contra este tipo de retos y una defensa contra los que surjan, podría producirse un retroceso en el ámbito de la salud pública.

## REFERENCIAS

1. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes* (WT/DS406/R). Geneva, World Trade Organization, 2011.
2. Para más información, véase: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds434\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds434_e.htm) and [http://www.wto.org/english/news\\_e/news12\\_e/ds435rfc\\_04apr12\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news12_e/ds435rfc_04apr12_e.htm).
3. Bettcher D et al. *Confronting the tobacco epidemic in an era of trade liberalization* (CMH Working Paper Series, WG 4:8). Geneva, WHO Commission on Macroeconomics and Health, 2001.
4. *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes. Request for the establishment of a panel by Indonesia* (WT/DS406/1, 11 June 2010). Geneva, World Trade Organization, 2010.
5. Philip Morris International. Philip Morris Norway AS announces lawsuit challenging Norwegian tobacco product display ban, 9 March 2010 [press release] (disponible en [http://www.pmi.com/eng/media\\_center/press\\_releases/pages/pr\\_20100309.aspx](http://www.pmi.com/eng/media_center/press_releases/pages/pr_20100309.aspx), consultado el 25 de febrero de 2012).
6. Bettcher D et al. *Confronting the tobacco epidemic in an era of trade liberalization* (CMH Working Paper Series, WG 4:8). Geneva, WHO Commission on Macroeconomics and Health, 2001:51–52.
7. Bettcher D et al. *Confronting the tobacco epidemic in an era of trade liberalization* (CMH Working Paper Series, WG 4:8). Geneva, WHO Commission on Macroeconomics and Health, 2001:53.
8. Hsu CC et al. The effect of market opening on trends in smoking rates in Taiwan, *Health Policy*, 2005, 74(1):69–76.
9. Hsu CC et al. The effect of market opening on trends in smoking rates in Taiwan, *Health Policy*, 2005, 74(1):72.
10. Hsu CC et al. The effect of market opening on trends in smoking rates in Taiwan, *Health Policy*, 2005, 74(1):69–76.
11. Wen CP et al. The impact of the cigarette market opening in Taiwan. *Tobacco Control*, 2005, 14(Suppl.1):i4–i9.
12. La sugerencia de que la publicidad y la promoción pueden haber incrementado la prevalencia es respaldada por otros estudios. Véase: Wen CP et al. Are marketing campaigns in Taiwan by foreign tobacco companies targeting young smokers? *Tobacco Control*, 2005, 14 (Suppl. 1):i38–i44.
13. Véase también: Lee K et al. The strategic targeting of females by transnational tobacco companies in South Korea following trade liberalisation. *Globalization and Health*, 2009, 5(2).
14. Hsu CC et al. The impact of the tobacco market opening on smoking status in Taiwan: findings from a secular smoking rates analysis. *International Quarterly of Community Health Education*, 2005, 25(3):271–281.
15. Gilmore A, McKee M. Exploring the impact of foreign direct investment on tobacco consumption in the former Soviet Union. *Tobacco Control*, 2005, 14:13–21.
16. Gilmore A, McKee M. Exploring the impact of foreign direct investment on tobacco consumption in the former Soviet Union. *Tobacco Control*, 2005, 14:19.
17. Gilmore A, McKee M. Tobacco and transition: an overview of industry investment, impact and influence in the former Soviet Union. *Tobacco Control*, 2004, 13:136–142.
18. Para un estudio más detallado de las cuestiones relacionadas con el derecho mercantil véase: McGrady B. *Trade and public health: the WTO, tobacco, alcohol and diet*. New York, Cambridge University Press, 2011.
19. Hsu CC et al. The impact of the tobacco market opening on smoking status in Taiwan: findings from a secular smoking rates analysis. *International Quarterly of Community Health Education*, 2005, 25(3):271–281.
20. Véase también: Pauwelyn J. Rien ne va plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS. *World Trade Review*, 2005, 4(2):131–170.
21. Véase por ejemplo: Appellate Body Report, *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/AB/R, 5 April 2001), DSR 2001:VII, 3243, paras. 156–163. Geneva, World Trade Organization, 2001.
22. Panel Report, *Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres* (WT/DS332/R, 12 June 2007), para. 7.42. Geneva, World Trade Organization, 2007.
23. Appellate Body Report, *United States – Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services* (WT/DS285/AB/R, 20 April 2005), para. 306. Geneva, World Trade Organization, 2005.

24. Véase también: Appellate Body Report, *Korea – Measures affecting imports of fresh, chilled and frozen beef* (WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 10 January 2001, DSR 2001:I, 5), para. 162. Geneva, World Trade Organization, 2001.
25. Véase también: Appellate Body Report, *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/AB/R, 5 April 2001), DSR 2001:VII, 3243, para. 172. Geneva, World Trade Organization, 2001.
26. Appellate Body Report, *Korea – Measures affecting imports of fresh, chilled and frozen beef* (WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 10 January 2001), DSR 2001:I, 5, para. 162. Geneva, World Trade Organization, 2001.
27. Appellate Body Report, *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/AB/R, 5 April 2001), DSR 2001:VII, 3243, para. 172. Geneva, World Trade Organization, 2001.
28. Panel Report, *Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres* (WT/DS332/R, 12 June 2007), para. 7.111. Geneva, World Trade Organization, 2007.
29. Appellate Body Report, *United States – Standards for reformulated and conventional gasoline* (WT/DS2/AB/R, 20 May 1996), DSR 1996:I, 3, p. 22. Geneva, World Trade Organization, 1996.
30. Appellate Body Report, *United States – Import prohibition of certain shrimp and shrimp products* (WT/DS58/AB/R, 6 November 1998, DSR 1998:VII, 2755), paras. 158–159. Geneva, World Trade Organization, 1998.
31. Appellate Body Report, *United States – Import prohibition of certain shrimp and shrimp products* (WT/DS58/AB/R, 6 November 1998, DSR 1998:VII, 2755), para. 156. Geneva, World Trade Organization, 1998.
32. Para una discusión más detallada de este litigio y su importancia para el control del tabaco, véase: McGrady B. Necessity exceptions in WTO law: retreaded tyres, regulatory purpose and cumulative regulatory measures. *Journal of International Economic Law*, 2009, 12:153–173.
33. Panel Report, *Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres* (WT/DS332/R, 12 June 2007), para. 7.53. Geneva, World Trade Organization, 2007.
34. Panel Report, *Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres* (WT/DS332/R, 12 June 2007), para. 7.169. Geneva, World Trade Organization, 2007.
35. Appellate Body Report, *Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres* (WT/DS332/AB/R, 3 December 2007), para. 172. Geneva, World Trade Organization, 2007.
36. Sobre el carácter engañoso de estas marcas comerciales, véase, por ejemplo: Kozlowski L, Pillitteri J. Beliefs about “Light” and “Ultra Light” cigarettes and efforts to change those beliefs: an overview of early efforts and published research. *Tobacco Control*, 2001, 10(Suppl I):i12–i16.
37. Panel Report, *European Communities – Protection of trademarks and geographical indications for agricultural products and foodstuffs*, Complaint by Australia (WT/DS290/R, 20 April 2005), para. 7.610–7.611. Geneva, World Trade Organization, 2005.
38. Request for Consultations by Ukraine, *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, World Trade Organization, WT/DS434/1, IP/D/30, G/TBT/D/39, G/L/985, 15 March 2012.
39. Appellate Body Report, *United States – Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services* (WT/DS285/AB/R, 20 April 2005), paras. 248–250.
40. Panel Report, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/R, 19 May 2005, paras. 7.184–7.202. Geneva, World Trade Organization, 2005.
41. Panel Report, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/R, 19 May 2005, paras. 7.281–7.311. Geneva, World Trade Organization, 2005.
42. Panel Report, *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/R, 19 May 2005, para. 7.228. Geneva, World Trade Organization, 2005.
43. Panel Report, *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/R, 15 November 2010. Geneva, World Trade Organization, 2010.
44. Panel Report, *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/R, 15 November 2010, para. 7.567. Geneva, World Trade Organization, 2010.
45. Panel Report, *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/R, 15 November 2010, para. 7.637. Geneva, World Trade Organization, 2010.
46. Panel Report, *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/R, 15 November 2010, paras. 7.744–7.748. Geneva, World Trade Organization, 2010.



47. Appellate Body Report, *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/AB/R, 17 June 2011, paras. 162–180. Geneva, World Trade Organization, 2011.
48. United States. *Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act* (HR 1256), section 907(a)(1)(A). Fechado el 6 de enero de 2009.
49. *Menthol cigarettes and public health: review of the scientific evidence and recommendations*. Rockville, MD, Tobacco Products Scientific Advisory Committee, 2011:204 (<http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>, consultado el 28 de febrero de 2012).
50. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.119. Geneva, World Trade Organization, 2011.
51. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.182. Geneva, World Trade Organization, 2011.
52. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.210. Geneva, World Trade Organization, 2011.
53. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.268. Geneva, World Trade Organization, 2011.
54. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.273. Geneva, World Trade Organization, 2011.
55. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.276. Geneva, World Trade Organization, 2011.
56. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.291. Geneva, World Trade Organization, 2011.
57. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.369. Geneva, World Trade Organization, 2011.
58. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, paras. 7.373–7.374. Geneva, World Trade Organization, 2011.
59. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.389. Geneva, World Trade Organization, 2011.
60. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.401. Geneva, World Trade Organization, 2011.
61. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.414. Geneva, World Trade Organization, 2011.
62. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.422. Geneva, World Trade Organization, 2011.
63. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.425. Geneva, World Trade Organization, 2011.
64. Panel Report, *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, WT/DS406/R, para. 7.427. Geneva, World Trade Organization, 2011.
65. Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, para. 120.
66. Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, para. 142.
67. Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, para. 160.
68. Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, para. 96.
69. Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, para. 192.

70. Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, para. 174.
71. Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, para. 215; Véase también el párrafo 182.
72. Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, para. 224.
73. Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, para. 225.
74. Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, para. 225.
75. Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, 4 April 2012, para. 225.
76. Hills C. *Legal opinion with regard to plain packaging of tobacco products requirement under international agreements*, 3 May 1994 (presentado al Comité Permanente de Salud del Canadá por Mudge Rose Guthrie Alexander y Ferdon) (disponible en: <http://legacy.library.ucsf.edu/documentStore/m/r/m/mrm97c00/Smrm97c00.pdf>, consultado el 28 de febrero de 2012).
77. *FTR Holdings SA (Switzerland), Philip Morris Products SA (Switzerland) and Abal Hermanos SA (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, Request for Arbitration (ICSID Case No. ARB /10/7, 19 February 2010).
78. *Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay concerning the reciprocal promotion and protection of investments*, firmado el 7 de octubre de 1988 (disponible en francés en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland\\_uruguay\\_fr.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_uruguay_fr.pdf), consultado el 11 de marzo de 2012).
79. Obsérvese sin embargo que estas cláusulas no se interpretan necesariamente del mismo modo que de conformidad con la normativa de la OMC. Véase una discusión del tema en: DiMascio N, Pauwelyn J. Nondiscrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin? *American Journal of International Law*, 2008, 102:48–89.
80. Sobre la expropiación directa, véase: *Pope & Talbot Inc v. Canada*, Interim Award, para. 100 (disponible en: <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/Pope/PopeInterimMeritsAward.pdf>, consultado el 28 de febrero de 2012).
81. Véase también: *Feldman Karpa v. Mexico*, Award (ICSID Case No. ARB (AF)/99/1, IIC 157 2002, 2003, 18 ICSID Rev–FILJ 488, 2003, 42 ILM 625), para. 151.
82. *Fireman’s Fund Insurance Company v. Mexico*, Award (ICSID Case No. ARB (AF)/02/01, IIC 291, 2006, despachado el 17 de julio de 2006), para. 176(c); cited in *Corn Products International Inc v. Mexico*, Decision on Responsibility (ICSID Case No. ARB (AF)/04/1; IIC 373 2008, 15 January 2008), para. 91.
83. *Corn Products International Inc v. Mexico*, Decision on Responsibility (ICSID Case No. ARB (AF)/04/1; IIC 373 2008, 15 January 2008), para. 87(j).
84. Véase una opinión controvertida que hace hincapié en la interferencia en: *Metalclad Corp v. Mexico*, Award, Ad hoc–ICSID Additional Facility Rules (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1; IIC 161 2000, firmado el 25 de agosto de 2000), para. 103.
85. *Feldman Karpa v. Mexico*, Award (ICSID Case No. ARB (AF)/99/1; IIC 157 2002, 2003, 18 ICSID Rev–FILJ 488, 2003, 42 ILM 625, 16 December 2002), para. 112.
86. *Emmanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America*, 1989, 23 Iran–USCTR 378.
87. *Restatement of the Law, Third, the Foreign Relations Law of the United States*. St Paul, MN, American Law Institute Publishers, 1987.
88. McLachlan C, Shore L, Weiniger M. *International investment arbitration: substantive principles*. New York, Oxford University Press, 2007:303–304.
89. *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award on Jurisdiction and Merits, 2005, 44 ILM 1345, 9 August 2005, Part IV, Chapter D, para. 8.
90. Para una visión general, véase Tudor I, *The fair and equitable treatment standard in international foreign investment law*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
91. *Glamis Gold Ltd v. United States*, Award, Ad hoc–UNCITRAL Arbitration Rules; IIC 380 2009), firmado el 14 de mayo de 2009, para. 616.

92. Véase *Merrill & Ring Forestry LP v. Canada*, Award, Ad hoc-UNCITRAL Arbitration Rules; IIC 427, 2010, 31 March 2010, para. 210.
93. Notice of Arbitration, *Australia/Hong Kong agreement for the promotion and protection of investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011.
94. *Agreement between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the promotion and protection of investments*, 1748 UNTS 385 (firma y entrada en vigor el 15 de septiembre de 1993).
95. Notice of Arbitration, *Australia/Hong Kong agreement for the promotion and protection of investments*, Philip Morris Asia Limited, 21 November 2011, para. 7.2.
96. *Grand River Enterprises Six Nations Ltd and others v. United States*, Award (ICSID-UNCITRAL Arbitration Rules, ICSID Case No. ARB /10/5; IIC 481, 2011), despachado el 12 de enero de 2011.
97. *Grand River Enterprises Six Nations Ltd and others v. United States*, Award (ICSID-UNCITRAL Arbitration Rules, ICSID Case No. ARB /10/5; IIC 481, 2011), despachado el 12 de enero de 2011, para. 144.
98. *Grand River Enterprises Six Nations Ltd and others v. United States*, Award (ICSID-UNCITRAL Arbitration Rules, ICSID Case No. ARB /10/5; IIC 481, 2011), despachado el 12 de enero de 2011, para. 154.
99. *Feldman Karpa v. Mexico*, Award and Separate Opinion (ICSID Case No. ARB (AF )/99/1; IIC 157 2002, 2003, 18 ICSID Rev-FILJ 488, 2003, 42 ILM 625).
100. *Agreement establishing the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area* (disponible en: <http://www.dfat.gov.au/fta/aanzfta/contents.html>, consultado el 28 de febrero de 2012).
101. *Notes of interpretation of certain Chapter 11 provisions*. NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001 (available at <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=en&view=d>, accessed 28 February 2012).
102. WHO Framework Convention on Tobacco Control. Geneva, World Health Organization, 2003 (disponible en: [http://www.who.int/tobacco/framework/WHO\\_FCTC\\_english.pdf](http://www.who.int/tobacco/framework/WHO_FCTC_english.pdf), consultado el 28 de febrero de 2012).
103. *WHO Framework Convention on Tobacco Control: Guidelines for implementation* (Article 5.3 (para. 8), Article 8, Article 11, Article 13). Geneva, World Health Organization, 2009 (available at <http://www.who.int/fctc/protocol/guidelines/adopted/en/>, accessed 28 February 2012).
104. Appellate Body Report, *United States – Standards for reformulated and conventional gasoline* (WT/DS2/AB/R, 20 May 1996), DSR 1996:I, 3. Geneva, World Trade Organization, 1996.
105. Para una discusión más detallada, véase el capítulo 2 de McGrady B. *Trade and public health: the WTO, tobacco, alcohol and diet*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
106. Panel Report, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/R, 15 September 2011, paras. 7.661–7.667. Geneva, World Trade Organization, 2011.
107. Con respecto a las cláusulas de este tipo, véase: Aufrecht H. Supersession of treaties in international law. *Cornell Law Quarterly*, 1951–1952, 37:666–667.
108. Jenks W. Conflict of law-making treaties. *British Year Book of International Law*, 1953, 30:426.
109. Véase por ejemplo: Pauwelyn J. *Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law*. New York, Cambridge University Press, 2003:179.
110. Véase por ejemplo: Panel Report, *United States – Subsidies on upland cotton* (WT/DS267/R), and Corr.1, 21 March 2005, modified by Appellate Body Report, (WT/DS267/AB/R) para. 7.1038.
111. Véase también: Pauwelyn J. *Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law*. New York, Cambridge University Press, 2003:166–169.
112. Véase: Vierdag EW. The time of the “conclusion” of a multilateral treaty. *British Year Book of International Law*, 1988, 59:102.
113. Para una discusión más detallada de los conflictos entre el CMCT de la OMS y el Acuerdo de la OMS, véase: McGrady B. *Trade and public health: the WTO, tobacco, alcohol and diet*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011:234–236.
114. Bettcher D et al. *Confronting the tobacco epidemic in an era of trade liberalization* (CMH Working Paper Series, WG 4:8). Geneva, WHO Commission on Macroeconomics and Health, 2001:45–47.

115. Zhong F, Yano E. British American Tobacco's tactics during China's accession to the World Trade Organization. *Tobacco Control*, 2007, 16:133–137.
116. Zhong F, Yano E. British American Tobacco's tactics during China's accession to the World Trade Organization. *Tobacco Control*, 2007, 16:133–137.
117. Lambert A et al. How Philip Morris unlocked the Japanese cigarette market: lessons for global tobacco control. *Tobacco Control*, 2004, 13:380.
118. Zhong F, Yano E. British American Tobacco's tactics during China's accession to the World Trade Organization. *Tobacco Control*, 2007, 16:134.
119. *Submission of Philip Morris International in response to the request for comments concerning the proposed Trans-Pacific Partnership trade agreement* (disponible en: <http://www.regulations.gov/search/Regs/contentStreamer?objectId=0900006480a81299&disposition=attachment&contentType=pdf>, consultado el 28 de febrero de 2012).
120. *Gillard Government trade policy statement: Trading our way to more jobs and prosperity*, April 2011 (disponible en: <http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.pdf>, consultado el 28 de febrero de 2012).
121. Los derechos arancelarios en Tailandia se pueden buscar en: [http://igtfcustoms.go.th/igtfc/en/main\\_frame.jsp](http://igtfcustoms.go.th/igtfc/en/main_frame.jsp) (consultado el 28 de febrero de 2012).
122. Rimando L. *Philip Morris and its Philippines saga*. ABS-CBN News, 25 February 2010 (disponible en: <http://www.abs-cbnnews.com/business/02/25/10/philip-morris-and-its-philippine-saga>, consultado el 28 de febrero de 2012).
123. Philip Morris Asia Limited and the Commonwealth of Australia. *Response of the Commonwealth of Australia to the Notice of Arbitration*, 21 December 2011 (disponible en: [http://italaw.com/documents/PhilipMorrisAsiaLimited\\_v\\_Australia\\_Response\\_to\\_NOA\\_21Dec2011.pdf](http://italaw.com/documents/PhilipMorrisAsiaLimited_v_Australia_Response_to_NOA_21Dec2011.pdf), consultado el 28 de febrero de 2012).
124. Los documentos presentados están disponibles en: [http://www.aph.gov.au/senate/committee/clac\\_ctte/plain\\_tobacco\\_packaging\\_09/submissions/sublist.htm](http://www.aph.gov.au/senate/committee/clac_ctte/plain_tobacco_packaging_09/submissions/sublist.htm) (consultado el 9 de agosto de 2011).
125. Para un análisis más detallado, véase: McGrady B. TRIP s and trademarks: the case of tobacco. *World Trade Review*, 2004, 3(1):53–82.
126. Véase también: Mitchell A. Australia's move to the plain packaging of cigarettes and its WTO compatibility. *Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy*, 2010, 5:405–425.
127. *Packaging phoney intellectual property claims*, April 2008. Ontario, Physicians for a Smoke-Free Canada, 2009 (disponible en: <http://www.smoke-free.ca/plain-packaging/documents/2009/packagingphoneyipclaims-june2009-a4.pdf>, consultado el 28 de febrero de 2012).
128. *Minutes of meeting held 7 June 2011* (IP/C/M/66). Geneva, World Trade Organization Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 2011 (disponible en: <http://www.smoke-free.ca/trade-and-tobacco/wto-secretariat/TRIPS-M66.doc>, consultado el 28 de febrero de 2012).
129. Intellectual property council talks health, tobacco packaging and enforcement, 24/25 October 2011 [comunidad de prensa]. Geneva, World Trade Organization, 2011 (disponible en: [http://www.wto.org/english/news\\_e/news11\\_e/trip\\_24oct11\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news11_e/trip_24oct11_e.htm), consultado el 28 de febrero de 2012).
130. *Minutes of the Meeting of 15–16 June 2011* (G/TBT/M/54). Geneva, World Trade Organization Committee on Technical Barriers to Trade, 2011 (disponible en: [www.smoke-free.ca/trade-and-tobacco/wto-secretariat/TBT\\_M\\_54.pdf](http://www.smoke-free.ca/trade-and-tobacco/wto-secretariat/TBT_M_54.pdf), consultado el 28 de febrero de 2012).
131. *Statement by the Dominican Republic to the Committee on Technical Barriers to Trade* (G/TBT/W/339) 15 June 2011. Geneva, World Trade Organization, Committee on Technical Barriers to Trade, 21 June 2011 (disponible en: [http://docsonline.wto.org/GEN\\_highLightParent.asp?qu=&doc=D%3A%2FDFFDO CUMENTS %2FT %2FG%2FTBT %2FW339.DO.C.HTM&curdoc=3&popTitle=G%2FTBT %2FW%20F339](http://docsonline.wto.org/GEN_highLightParent.asp?qu=&doc=D%3A%2FDFFDO%20CUMENTS%20%2F%2FG%2FTBT%20%2FW339.DO.C.HTM&curdoc=3&popTitle=G%2FTBT%20%2FW%20F339), consultado el 28 de febrero de 2012).
132. *Minutes of the Meeting of 15–16 June 2011* (G/TBT/M/54), paras. 29–31. Geneva, World Trade Organization Committee on Technical Barriers to Trade, 2011 (disponible en: [www.smoke-free.ca/trade-and-tobacco/wtosecretariat/TBT\\_M\\_54.pdf](http://www.smoke-free.ca/trade-and-tobacco/wtosecretariat/TBT_M_54.pdf), consultado el 28 de febrero de 2012).

133. *Minutes of the Meeting of 15–16 June 2011* (G/TBT/M/54) para. 35. Geneva, World Trade Organization Committee on Technical Barriers to Trade, 2011 (disponible en: [www.smoke-free.ca/trade-and-tobacco/wtosecretariat/TBT\\_M\\_54.pdf](http://www.smoke-free.ca/trade-and-tobacco/wtosecretariat/TBT_M_54.pdf), consultado el 28 de febrero de 2012).
134. Véase: [http://www.hc-sc.gc.ca/hc-ps/tobac-tabac/legislation/federal/amend\\_faq-modif-eng.php](http://www.hc-sc.gc.ca/hc-ps/tobac-tabac/legislation/federal/amend_faq-modif-eng.php) (consultado el 28 de febrero de 2012).
135. Canada's recent tobacco control legislation: experience with the tobacco industry and the WTO [Seminario presentado por Denis Choinière, Cuarta Reunión de la Conferencia de las Partes en el CMCT de la OMS, 16 de noviembre de 2010, Punta del Este, Uruguay].
136. Para una discusión del tema, véase: [http://www.wto.org/english/news\\_e/news10\\_e/tbt\\_23jun10\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news10_e/tbt_23jun10_e.htm) (consultado el 28 de febrero de 2012).
137. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission* (A/CN.4/L.682). Geneva, International Law Commission, 2006.
138. Véase por ejemplo: Fidler D, Drager N, Lee K. Managing the pursuit of health and wealth: the key challenges. *The Lancet*, 2009, 373:325–331.
139. Véase por ejemplo: *10 benefits of the WTO trading system*. Geneva, World Trade Organization, 2008 (disponible en: [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/10ben\\_e/10b00\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/10ben_e/10b00_e.htm), consultado el 28 de febrero de 2012).
140. Para más información, véase: <http://ec.europa.eu/trade/analysis/sustainability-impact-assessments/> (consultado el 28 de febrero de 2012).
141. Smith KE, Fooks G, Collin J, Weishaar H, Mandal S, et al. (2010) "Working the System"—British American Tobacco's Influence on the European Union Treaty and Its Implications for Policy: An Analysis of Internal Tobacco Industry Documents. *PLoS Med* 7(1): e1000202. doi:10.1371/journal.pmed.1000202.
142. Smith R, Lee K, Drager N. Trade and health 6: Trade and health: an agenda for action. *The Lancet*, 2009, 373:768–773.
143. Para una discusión del tema, véase: McGrady B. Trade liberalisation and tobacco control: moving from a policy of exclusion to a more comprehensive policy. *Tobacco Control*, 2007, 16:280–283.
144. Véase también: McGrady B. *Trade and public health: the WTO, tobacco, alcohol and diet*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011:218–228.
145. Para una información general, véase: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/devel\\_e/teccop\\_e/tct\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/teccop_e/tct_e.htm) (consultado el 28 de febrero de 2012).
146. Para más información sobre este órgano intergubernamental, véase: <http://www.acwl.ch/e/index.html> (consultado el 28 de febrero de 2012).
147. Hsieh PL. China's development of international economic law and WTO legal capacity building. *Journal of International Economic Law*, 13(4):997–1036.



## ANEXO 1 – DOCUMENTOS CLAVE

### Resolución WHA59.26 sobre comercio internacional y salud

La 59ª Asamblea Mundial de la Salud:

- Habiendo examinado el informe sobre comercio internacional y salud;<sup>22</sup>
- Recordando las resoluciones WHA52.19, WHA53.14, WHA56.23, WHA56.27, WHA57.14 y WHA57.19;
- Reconociendo la demanda de información sobre las posibles repercusiones del comercio internacional y los acuerdos comerciales para la salud y la política sanitaria a nivel nacional, regional y mundial;
- Consciente de la necesidad de que todos los ministerios pertinentes, incluidos los de salud, comercio, finanzas y asuntos exteriores, colaboren constructivamente para asegurar un equilibrio y una coordinación adecuados entre los intereses del comercio y los de la salud.

1. INSTA a los Estados Miembros:

- 1) a que promuevan el diálogo a nivel nacional entre las partes interesadas para analizar las interacciones entre el comercio internacional y la salud;
- 2) a que adopten, cuando proceda, políticas, leyes y reglamentos que aborden las cuestiones identificadas en ese diálogo y aprovechen las posibles oportunidades y afronten las posibles dificultades que el comercio y los acuerdos comerciales pueden presentar para la salud, estudiando, cuando proceda, el uso de las flexibilidades que éstos contemplan;
- 3) a que apliquen o establezcan, cuando proceda, mecanismos de coordinación en los que participen los ministerios de finanzas, salud y comercio, y otras instancias pertinentes, para abordar los aspectos del comercio internacional relacionados con la salud pública;
- 4) a que establezcan relaciones constructivas e interactivas en los sectores público y privado para asegurar la coherencia de las políticas comerciales y sanitarias nacionales;
- 5) a que sigan desarrollando capacidad a nivel nacional para seguir de cerca y analizar las oportunidades y las dificultades potenciales del comercio y de los acuerdos comerciales para el desempeño del sector de la salud y los resultados sanitarios;

---

22 Documento A59/15.



2. PIDE al Director General:

- 1) que preste apoyo a los Estados Miembros que lo soliciten, en colaboración con las organizaciones internacionales competentes, en sus esfuerzos por articular políticas coherentes encaminadas a abordar la relación entre comercio y salud;
- 2) que responda a las peticiones de apoyo de los Estados Miembros en refuerzo de sus actividades de desarrollo de la capacidad necesaria para comprender las repercusiones del comercio internacional y los acuerdos comerciales en la salud, y para abordar los problemas pertinentes mediante políticas y legislación que aprovechen las oportunidades potenciales y afronten las dificultades potenciales que el comercio y los acuerdos comerciales pueden presentar para la salud;
- 3) que siga colaborando con las organizaciones internacionales competentes a fin de respaldar la coherencia normativa entre los sectores del comercio y de la salud a nivel regional y mundial, incluida la generación y el intercambio de datos sólidos sobre la relación entre el comercio y la salud;
- 4) que informe a la 61ª Asamblea Mundial de la Salud, por conducto del Consejo Ejecutivo, acerca de los progresos realizados en la aplicación de la presente resolución.

(Novena sesión plenaria, 27 de mayo de 2006 - Comisión A, sexto informe)

## FCTC/COP4(5) Declaración de Punta del Este sobre la aplicación del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco

- Recordando el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud en el cual se afirma que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano;
- Recordando el preámbulo del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT de la OMS), en el cual se afirma que las Partes en ese Convenio están determinadas a dar prioridad a su derecho a proteger la salud pública, en vista de las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y ambientales del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco en el mundo entero;
- Reconociendo que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública y que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad que afectan a todos los sectores de la población de todos los países y en particular a los sectores jóvenes de la población;
- Reconociendo que las medidas de protección de la salud pública, entre ellas las relacionadas con la aplicación del CMCT de la OMS y sus directrices, entran dentro de las competencias de los Estados soberanos para legislar en pro del interés público, que incluye la salud pública;
- Teniendo en cuenta que el artículo 5.3 del CMCT de la OMS expresa que: «A la hora de establecer y aplicar sus políticas de salud pública relativas al control del tabaco, las Partes actuarán de una manera que proteja dichas políticas contra los intereses comerciales y otros intereses creados de la industria tabacalera, de conformidad con la legislación nacional»;
- Recordando el artículo XX(b) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1947), en el que se declara que ninguna disposición de ese Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique medidas necesarias para proteger la salud pública, a reserva de que no se apliquen 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;
- Recordando el artículo 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio donde se especifica que 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 y, a tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, como es la protección de la salud o seguridad humanas, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo;
- Recordando el artículo 7 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que estipula que la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones;
- Recordando el artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, que establece que los miembros podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en ese Acuerdo;

- Recordando el párrafo 4 de la Declaración de Doha acerca del Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, que establece que dicho Acuerdo no impide ni deberá impedir que los miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, aunque reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, este podrá y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los miembros de la OMC a proteger la salud pública;
- Recordando asimismo que el párrafo 5(a) de dicha Declaración reconoce, a la luz del párrafo 4, que aunque sigamos manteniendo nuestros compromisos con el Acuerdo sobre los ADPIC, reconocemos que entre esas flexibilidades se incluye que, aplicando las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada una de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC sea interpretada a la luz del objeto y propósito de dicho Acuerdo, tal como se expresan, en particular, en sus objetivos y principios.

Las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco declaran:

1. Su firme voluntad de priorizar la aplicación de medidas sanitarias destinadas a controlar el consumo de tabaco en sus respectivas jurisdicciones.
2. Su preocupación por las acciones de la industria tabacalera que buscan subvertir y socavar las políticas gubernamentales de control del tabaco.
3. La necesidad de intercambiar información sobre las actividades nacionales o internacionales de la industria tabacalera que interfieren la aplicación de políticas de salud pública con respecto al control del tabaco.
4. Que en función de lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y en la Declaración de Doha, las Partes pueden adoptar medidas para proteger la salud pública, y en particular regular el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en concordancia con las políticas nacionales de salud pública, a condición de que esas medidas sean compatibles con el mencionado Acuerdo.
5. Que las Partes tienen derecho a definir y aplicar políticas nacionales de salud pública destinadas a cumplir debidamente los convenios y compromisos asumidos bajo la égida de la Organización Mundial de la Salud, y en particular el CMCT de la OMS.
6. La necesidad de instar al Grupo de Trabajo Especial Interinstitucional de las Naciones Unidas sobre Lucha Antitabáquica a que apoye la coordinación multisectorial e interinstitucional para fortalecer la aplicación del CMCT de la OMS en la totalidad del sistema de las Naciones Unidas.
7. La necesidad de incluir el tema «desafíos al control del tabaco» en el orden del día de la cumbre sobre enfermedades no transmisibles que será organizada por las Naciones Unidas en 2011.
8. La necesidad de instar a todos los países que aún no lo hayan hecho a que ratifiquen el CMCT de la OMS, apliquen sus disposiciones y tomen las medidas recomendadas en sus directrices.

(Primera sesión plenaria, 15 de noviembre de 2010)

## FCTC/COP4(18) Cooperación entre la Secretaría del CMCT de la OMS y la Organización Mundial del Comercio

La Conferencia de las Partes:

- Recordando el preámbulo del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT de la OMS), donde se afirma que las Partes en el Convenio están «determinadas a dar prioridad a su derecho de proteger la salud pública»;
  - Habiendo considerado el informe de la Secretaría del Convenio sobre cooperación con organizaciones y órganos internacionales para reforzar la aplicación del Convenio (documento FCTC/COP/4/17);
  - Observando con satisfacción los progresos realizados en el establecimiento de relaciones de cooperación con organizaciones internacionales dirigidas a la aplicación del Convenio, en particular las actividades relativas al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y otros aspectos del programa mundial de desarrollo;
  - Recordando que la 59.a Asamblea Mundial de la Salud señaló la necesidad de que todos los ministerios pertinentes, incluidos los de salud, comercio, finanzas y asuntos exteriores, colaboraran constructivamente para asegurar un equilibrio y una coordinación adecuados entre los intereses del comercio y los de la salud, y pidió al Director General que siguiera colaborando con las organizaciones internacionales competentes, a fin de respaldar la coherencia normativa entre los sectores del comercio y de la salud a nivel regional y mundial (resolución WHA59.26);
  - Recordando que en el estudio conjunto realizado en 2002 por la OMS y la secretaría de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre los acuerdos de la OMC y la salud pública<sup>23</sup> se reconoce que los responsables de la política sanitaria y de la política comercial no pueden sino beneficiarse de una cooperación más estrecha para velar por la coherencia entre sus respectivas esferas de responsabilidad;
  - Consciente de que una cooperación más estrecha con la OMC, concretamente en las cuestiones del control del tabaco, ayudaría a las Partes a aplicar el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT de la OMS);
  - Recordando que la OMS tiene la condición de observador en el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio y de observador especial en los Consejos de los ADPIC y del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC.
1. SOLICITA a la Secretaría del Convenio que invite a la OMS a preparar, en consulta con la propia Secretaría y organizaciones u órganos internacionales apropiados, un informe completo que se presentará a la quinta reunión de la Conferencia de las Partes, en el que se estudien las opciones de cooperación con la OMC en cuestiones de control del tabaco relacionadas con el comercio como un medio de reforzar la aplicación del Convenio, y en el que se formulen recomendaciones sobre la factibilidad de poner en práctica las opciones determinadas;

<sup>23</sup> Los acuerdos de la OMC y la salud pública: un estudio conjunto de la OMS y la secretaría de la OMC (se puede consultar en: [http://www.wto.org/spanish/res\\_s/booksp\\_s/who\\_wto\\_s.pdf](http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/who_wto_s.pdf)).

2. PIDE a la Secretaría del Convenio:

- 1) que coopere con la secretaría de la OMC a fin de intercambiar información sobre asuntos de control del tabaco relacionados con el comercio;
- 2) que monitoree las disputas comerciales en torno a las medidas de control del tabaco relacionadas con el CMCT de la OMS y otros asuntos de índole comercial que sean pertinentes a la aplicación del Convenio;
- 3) que facilite el intercambio de información entre las Partes en el CMCT de la OMS en las cuestiones relacionadas con el comercio, creando vínculos entre las Partes que tienen problemas similares;
- 4) que mantenga una comunicación regular con las oficinas competentes de la OMC sobre las cuestiones relacionadas con el control del tabaco planteadas en los diversos comités de la OMC y que informe periódicamente sobre esas actividades a la Conferencia de las Partes.

(Décima sesión plenaria, 20 de noviembre de 2010)

## Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública (Declaración de Doha)

Organización Mundial del Comercio

WT/MIN(01)/DEC/2  
20 de noviembre de 2001  
(01-5860)

CONFERENCIA MINISTERIAL

Cuarto período de sesiones

Doha, 9-14 de noviembre de 2001

### DECLARACIÓN RELATIVA AL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y LA SALUD PÚBLICA

Adoptada el 14 de noviembre de 2001

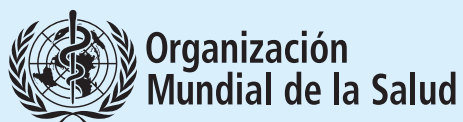
1. Reconocemos la gravedad de los problemas de salud pública que afligen a muchos países en desarrollo y menos adelantados, especialmente los resultantes del VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias.
2. Recalamos la necesidad de que el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) de la OMC forme parte de la acción nacional e internacional más amplia encaminada a hacer frente a estos problemas.
3. Reconocemos que la protección de la propiedad intelectual es importante para el desarrollo de nuevos medicamentos. Reconocemos asimismo las preocupaciones con respecto a sus efectos sobre los precios.
4. Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos.

A este respecto, reafirmamos el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto.

5. En consecuencia, y a la luz del párrafo 4 supra, al tiempo que mantenemos los compromisos que hemos contraído en el Acuerdo sobre los ADPIC, reconocemos que estas flexibilidades incluyen lo siguiente:



- a) Al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios.
  - b) Cada Miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias.
  - c) Cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia.
  - d) El efecto de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que son pertinentes al agotamiento de los derechos de propiedad intelectual es dejar a cada Miembro en libertad de establecer su propio régimen para tal agotamiento sin impugnación, a reserva de las disposiciones de los artículos 3 y 4 sobre trato NMF y trato nacional.
6. Reconocemos que los Miembros de la OMC cuyas capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes podrían tropezar con dificultades para hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que encuentre una pronta solución a este problema y que informe al respecto al Consejo General antes del fin de 2002.
7. Reafirmamos el compromiso de los países desarrollados Miembros de ofrecer a sus empresas e instituciones incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados Miembros de conformidad con el párrafo 2 del artículo 66. También convenimos en que los países menos adelantados Miembros no estarán obligados, con respecto a los productos farmacéuticos, a implementar o aplicar las secciones 5 y 7 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC ni a hacer respetar los derechos previstos en estas secciones hasta el 1º de enero de 2016, sin perjuicio del derecho de los países menos adelantados Miembros de recabar otras prórrogas de los períodos de transición con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que adopte las disposiciones necesarias para dar a esto efecto de conformidad con el párrafo 1 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC.



Iniciativa Liberarse del Tabaco (TFI)  
20, Avenue Appia  
1211 Ginebra 27  
Suiza

Teléfono: +41 22 791 21 11  
Fax: +41 22 791 48 32  
E-mail: [tfi@who.int](mailto:tfi@who.int)  
<http://www.who.int/tobacco/en>

ISBN 978 92 4 350372 1

