

**ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD
PROPUESTA POR RODRÍGUEZ,
ROBLES & ESPINOSA EN
REPRESENTACIÓN DE BRITISH
AMERICAN TOBACCO PANAMA, S.
A. CONTRA EL ARTÍCULO DEL
DECRETO EJECUTIVO N 611 DE 3
DE JUNIO DE 2010 DEL
MINISTERIO DE SALUD.PONENTE:
HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA
PANAMA, VEINTIOCHO (28) DE
MAYO DE DOS MIL CATORCE
(2014)**

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Pleno

Ponente: Hernán A. De León Batista

Fecha: 28 de mayo de 2014

Materia: Inconstitucionalidad

Acción de inconstitucionalidad

Expediente: 192-11

Vistos:

Conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, la acción de Inconstitucionalidad promovida por la firma de abogados Rodríguez, Robles & Espinosa, en nombre y representación de BRITISH AMERICAN TOBACCO PANAMA, S.A., contra el artículo 1 del Decreto Ejecutivo N°611 de 3 de junio de 2010.

Norma acusada de Inconstitucional:

"Artículo 1. Modificar el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, el cual quedará así:

Artículo 18. La prohibición total indicada en el artículo 14 de la Ley 13 de 2008, no permite la exhibición de los productos de tabaco y sus derivados en los dispensadores, anaqueles y cualquier otra estantería ubicada en los puntos de venta. No se podrá participar de manera alguna en el mercadeo, la publicidad, promoción o el patrocinio del tabaco. Esto también incluye aquella que se introduce en el interior de los cartones y/o cajetillas de todos los productos de tabaco y la que es remitida a los consumidores vía correo, Internet y utilizando cualquier otra forma de comunicación disponible en el mercado nacional o internacional.

Sólo se permitirá la colocación de un letrero que contenga una lista textual de productos y sus respectivos precios, sin elementos promocionales. El letrero tendrá fondo blanco, con un tamaño máximo de 8.5 por 11 pulgadas, los textos estarán escritos en letra Arial 14", negra, mayúscula cerrada, resaltada en negritas. Los letreros serán colocados en las áreas específicas del establecimiento donde se realice el despacho de los productos y su contenido será validado por la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Salud y por la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

Queda prohibida la entrega o distribución de muestras, sean o no gratuitas, de cualquier producto del tabaco y sus derivados".

Normas Constitucionales Infringidas y el Concepto de la Infracción:

Afirma la recurrente que el artículo citado contraviene cinco disposiciones constitucionales, a saber, los artículos 37, 47, 49, 184 (numeral 14) y 298. Los conceptos de infracción para estas normativas se resumen así:

"El Artículo 1°... infringe... el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 37... cuando el reglamento impide una conducta expresiva propia tanto del fabricante del producto como del propietario del punto de venta, es decir, el derecho que tienen ambos de que pueda exhibirse o mostrarse un producto lícito en el mercado, ya que está intensamente regulado por el Estado y que contiene todas las advertencias sanitarias que deben llevar los productos del tabaco y sus derivados, exigidas por la legislación; y como contrapartida, el derecho de los consumidores adultos recibir o percibir dicho mensaje. ... el Decreto N°611... ocasiona la afectación de la libertad de expresión comercial en su sentido amplio, pues perjudica tanto a la industria legal del tabaco desde el punto de vista del fabricante, distribuidores, como a los comerciantes al por menor o detallistas y al consumidor como destinatario final, es decir a toda la cadena comercial, que culmina en el consumidor como receptor del mensaje.

... la bilateralidad de la libertad de expresión está conformada por el derecho a recibir información veraz e imparcial. Este es un derecho público colectivo exigible a los medios de comunicación y, por supuesto, al propio Estado en aras de garantizar la libre información de la opinión pública que puede ser socavada por intromisiones desmedidas e irracionales.

... el citado artículo (1° del Decreto Ejecutivo N°611 de 3 de junio de 2010) es violatorio del artículo 37 de la Constitución, pues no sólo considera, que es publicidad la exhibición del producto en los anaqueles donde se almacenan para destinarlos a la venta; sino que sólo permite al dueño del establecimiento que se dedica a vender cigarrillos la colocación de un letrero con determinadas dimensiones, tipo y tamaño de la letra que indique las distintas marcas de los mismos y sus respectivos precios. Deja de lado o impide cualquier información relevante con respecto a la calidad de los productos, características del empaque o cajetilla, advertencias a la salud, composición o ingredientes de los cigarrillos, diseño; etc., infringiéndose con ello la libertad de transmitir información que está también protegida por nuestra Constitución.

En otros términos, una prohibición absoluta a la libertad de expresión comercial, como es el caso, no sólo afecta los derechos de los consumidores y los principios que sustentan una economía libre de mercado como la nuestra.

... el Estado puede regular una determinada conducta o expresión comercial sin llegar a prohibirla, pues las prohibiciones de tales conductas no sólo dificultan las decisiones de los consumidores, sino que también impiden su conocimiento. En este caso dicho conocimiento produciría un consentimiento informado sobre los efectos nocivos del producto y el debate anticipado sobre hecho que son, precisamente, entre otras, las propias advertencias sanitarias establecidas en los productos y la composición o ingredientes del producto; afectándose el propio derecho a la salud que se pretende tutelar al ocultarse información de alta relevancia.

...

Resulta una ironía o contrasentido que los paquetes de cigarrillos deban contener por mandato legal advertencias sanitarias obligatorias e imágenes gráficas de sus productos (pictogramas); mientras que el Decreto N°611 de 3 de junio de 2010,... exija que esos productos se mantengan fuera de la vista del público. La contradicción es más evidente, pues impedir la exhibición de un producto, pareciera que se equipara a uno cuya venta es ilícita y se impide con ello el derecho a la información de ese artículo de consumo.

...

... Prohibir la exhibición totalmente del tabaco y sus derivados obliga a ocultar al vendedor un producto cuya venta no está prohibida y esto no sólo no garantiza el derecho a la salud sino que ocasiona una grave distorsión del mercado, resultando a todas luces irrazonable y desproporcionada la medida establecida en el decreto reglamentario aludido.

... la protección constitucional a la libertad de expresión y a la libertad de información establece que todos los bienes que pueden venderse legalmente pueden también exhibirse o mostrarse. 'Algunos productos, como los cigarrillos, admiten

ciertas limitaciones y regulaciones a tal derecho, pero sin llegar a imponer una prohibición absoluta....".

Respecto al artículo 47 de la Carta Magna, se sostiene que su contravención surge en virtud que:

"El Decreto Ejecutivo N°611... viola el derecho a la propiedad privada, pues no se permite mostrar las marcas registradas de cigarrillos que constituyen un bien intangible con un valor económico importante para la empresa propietaria o licenciataria de esas marcas ...

... los nombres, diseños, etiquetas, configuración de empaques, y, en fin, cualquier elemento que sirva para distinguir los productos de British American Tobacco con respecto de los productos de los demás fabricantes constituyen un derecho de propiedad que el Estado está obligado a garantizar, respetar y a hacer valer.

Estos artículos al prohibir la exhibición absoluta de los productos de tabaco y sus derivados en los sitios de venta, impiden el uso y el ejercicio del derecho constitucional a la propiedad privada sobre estos bienes, toda vez que, al ser las marcas el medio para individualizar un producto o servicio en el comercio, su prohibición absoluta y total impide que consumidores pueden distinguir una marca de otra, al mismo tiempo que se restringe de forma absoluta al dueño de dicha marca de poder usar y ofrecer su marca de un producto legal a consumidores".

Seguidamente, se detallan los criterios que sirven de sustento para considerar que el artículo 49 de la Carta Magna ha sido violado:

"El Artículo 1° del Decreto Ejecutivo N°611...viola... la cláusula constitucional... en virtud de que al prohibir totalmente la exhibición de un producto lícito, como lo son los productos derivados del tabaco, impide al consumidor acceder a la información que en sus envases y cajetillas es brindada, tanto en lo que respecta al contenido, calidad, composición y todas las características esenciales del producto ofrecido, como de las advertencias sanitarias que el Ministerio de Salud estableció que son de necesario conocimiento para el consumidos y, como consecuencia de tal prescripción se atenta contra el derecho o libertad de

elección que tiene el consumidos entre productos de la misma clase o tipo, pero de diverso origen empresarial.

... el mercado de los cigarrillos carece de publicidad, por lo tanto, la única fuente de conocimiento e información de la cual dispone el consumidor de este rubro es la posibilidad de visualizar lo que pretende adquirir en el punto de venta. La finalidad de la exhibición se contrae a informar al fumador adulto sobre las diversas marcas, sus propiedades, categoría y características reforzando la selección que realicen de una determinada marca sobre las competidoras; así como las advertencias sanitarias dispuestas por la legislación vigente a este tipo de productos.

....

A partir de la aplicación del artículo 1° del Decreto Ejecutivo N°611... se le estaría impidiendo al público consumidor adulto de productos derivados del tabaco, de manera absolutamente contradictoria con la norma fundamental, el acceso a todo ese caudal de elementos de información que le son necesarios para elegir cuál será el producto de consumo de su preferencia, o incluso para no comprarlo...

... por el hecho de ser fumadores se ven en posición de desigualdad y con sus derechos restringidos al punto casi de la anulación, con respecto a los consumidores de cualquier otro producto que se encuentra en el mercado. Por lo tanto dicho segmento consumidor *no tiene derecho ni acceso a la información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquieren, así como la libertad de elección* que no pueden tener ya que han equiparado el producto de su preferencia a un producto casi ilícito y de ocultación por parte de quien lo expende.

Asimismo, y en un claro contra sentido, *tampoco pueden acceder a la información, de manera anticipada a la compra, sobre las advertencias sanitarias* respecto a los riesgos del consumo del producto, que establece la legislación vigente y el Ministerio de Salud, ya que la mercadería permanece oculta y solo se puede observar al ser adquirida".

También se aborda el tema de la contravención del numeral 14 del artículo 184 de la Constitución Nacional. Señalándose al respecto que:

"El Artículo 1º del Decreto Ejecutivo N°611... infringe... la norma constitucional señalada ya que so pretexto de reglamentar la Ley N°13 de 2008, va más allá de su texto estableciendo exclusiones que la legislación no prevé.

.... nuestro texto constitucional no hizo otra cosa que sujetar la actuación del Órgano Ejecutivo al sistema de frenos y contrapesos propios de todo sistema constitucional moderno.

.....

El exceso de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, en este caso, ... pretende, inconstitucionalmente, *equiparar publicidad con exhibición...*

El Artículo 1º del Decreto N°611... impone la prohibición de exhibir cualquier producto derivado del tabaco en los puntos de venta, situación esta no prevista por la ley 13 de 2008, que sólo prohíbe la publicidad, promoción y patrocinio de los productos derivados del tabaco....

El Poder Ejecutivo cae en exceso al extender el concepto de publicidad para así poder prohibir la exhibición de un producto lícito en el mercado cuando dicha situación no concuerda con ello, ya que los dispensadores que se utilizan para la exhibición de los productos derivados del tabaco no contienen publicidad o promoción alguna de ellos; sólo se exhiben las cajetillas, lisa y llanamente, se utilizan con el único fin de organizar los productos para su venta, con la finalidad que el consumidor pueda ejercer su derecho de elección y optar por el producto de su preferencia, observando las advertencias sanitarias que establece la Ley y que el Ministerio de Salud ha considerado que los envases contenedores del producto deben llevar.

'La Asociación Panameña de Agencias de Publicidad, en un comunicado sobre el tema que ahora debatimos, expreso:

1. El decreto 611 al equiparar la exhibición de productos en los puntos de venta en anaqueles y estanterías al concepto de publicidad, desconoce el concepto técnico de lo que es 'publicidad'. La exhibición de un producto no es igual a su publicidad.

....

5. Todas estas fuentes convergen en los elementos definitorios del concepto de Publicidad, a saber: a) debe tratarse de un esfuerzo pagado (acción comercial) b) transmitido por medios masivos de información (elemento comunicativo o 'anuncio'), c) con objeto de persuadir (elemento persuasivo o promocional) y d) donde el profesional de la publicidad juega un papel preponderante.
6. Claramente se puede concluir que la publicidad es una forma pagada vía medios de comunicación de enviar y/o transmitir un mensaje al consumidor final. Esto no aplica a la exhibición del producto en sí en su punto de venta en anaqueles o muebles exhibidores, espacio físico en donde se coloca el producto al alcance del consumidor para su compra final.

....

11. Resumiendo, publicidad es persuasión para la venta de una marca determinada y exhibición en el punto de compra es la presentación de un producto y su marca para su venta, la cual le identifica ante un consumidor".

La última normativa constitucional sobre la que se argumenta, es el artículo 298. Sobre esta disposición *supra* legal se indicó:

"El artículo 1º del Decreto N°611... contraviene... el artículo 298... toda vez que dicha norma fundamental al tutelar los principios cardinales de la economía de mercado: la libre competencia económica y la libre concurrencia, no permite intromisiones radicales y absolutas a la libertad de comercio o de empresa, incluyendo el libre acceso y la permanencia de productos lícitos en el mercado.

... el Estado panameño ejerce un relativo control del mercado mediante el cual puede reglamentar el ejercicio de actividades económicas, pero no puede dictar medidas reglamentarias que irrazonable y desproporcionadamente tiendan a congelar el mercado al afectar la libre competencia y circulación del binomio marcas-empresas, dificultar ostensiblemente el lanzamiento de nuevos productos y marcas, en este caso cigarrillos y productos derivados del

tabaco, a desestimular la competencia al afectar el factor de la innovación empresarial y a propiciar el reemplazo en el mercado de un producto lícito regulado por ley por el contrabando.

... los mercados pueden tener imperfecciones que obliguen a que el Estado intervenga, sin distorsionar los principios del libre mercado, para producir mejores resultados. Dichas imperfecciones consisten en altos costos de transacción, posiciones monopólicas y prácticas restrictivas de la libre competencia; el rol del Estado es intervenir en estas situaciones para lograr que el mercado opere tal como debe ser una situación de libre competencia.

...

En el caso que nos ocupa, mediante la Ley N°13 de 2008, el Estado panameño reguló el mercado de los productos derivados del tabaco, para ello aplicó fuertes restricciones, más no prohibiciones absolutas, sobre todo en lo que respecta a su publicidad y promoción y a la información contenida en sus envases. Por un lado, es importante destacar que no puede entonces por vía reglamentaria y acorde a lo establecido por la norma constitucional en el artículo 298, fijar nuevas modalidades y restricciones que afectan los principios económicos contenidos en el citado apartado normativo...".

Luego de lo anterior, la acción de Inconstitucionalidad fue admitida y, en virtud de ello, se corrió en traslado al Procurador General de la Nación, quien mediante vista consideró que el artículo 1 del Decreto Ejecutivo N°611 de 3 de junio de 2011, emitido por el Ministerio de Salud, no es inconstitucional. Las razones de esta afirmación son las siguientes:

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

13. Para asegurarse de que los puntos de venta de productos de tabaco no tengan elementos promocionales, las Partes

deberían prohibir absolutamente toda exhibición y visibilidad de productos de tabaco en los puntos de venta, incluidos los... de venta al por menor fijos y los vendedores ambulantes.

.....

La exhibición y la visibilidad de productos de tabaco, en puntos de venta son formas de publicidad y promoción y, por lo tanto, deberían estar prohibidas'.

... queda evidenciado que las directrices para la aplicación del artículo 13 (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco) del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, constituyen el motivo por el cual el Ministerio de Salud decide modificar nuestro sistema legal, por medio del Decreto Ejecutivo N°611 de 3 de junio de 2010, en el sentido de no permitir la exhibición de los productos de tabaco y sus derivados en los dispensadores, anaqueles y cualquier otra estantería ubicada en los puntos de venta de los negocios que los expenden.

... por medio de la referida modificación reglamentaria, el Estado panameño ha cumplido con las obligaciones adquiridas en un convenio internacional, mediante la adecuación de nuestro derecho interno a tales compromisos, por lo que, tal actuación armoniza con las pautas que se desprenden del artículo 26 de la Convención de Viena, sobre los Derechos de los Tratados.

... en el artículo 282 de la Carta Fundamental ... se desprende que el conjunto de derecho de los particulares, en el desarrollo de las actividades económicas, ceden a las necesidades de los miembros de la colectividad, en búsqueda del estado de bienestar de la mayor cantidad posible de personas en el país, y, por tanto, reitero que aquellos no son derechos absolutos.

...resulta factible aplicar al caso concreto el test de proporcionalidad... encuentro en la prohibición de exhibición en los puntos de venta de productos de tabaco y sus derivados, una medida con una finalidad legítima, incluso fundamentada en principios, derechos y garantías establecidas en la Constitución Política... tales como los derechos fundamentales a la vida, integridad física y a la

salud... así como el criterio en que, en caso de conflicto, el interés público o social se impone ante el interés privado...

... los fines perseguidos de reducir los niveles de pandemia, a los que asciende el número de personas que padecen enfermedades, a consecuencia del uso y el abuso de los productos derivados del tabaco, sobre el que, a la fecha, existe un consenso global y un subsecuente acuerdo entre naciones para reducirlo, no sólo atienden a razones tangibles, sino que, además, confluyen con los fines supremos de la Nación, entre los que destaco la dignidad humana, la justicia social y el bienestar general.

.... considero que la libertad de expresión comercial, los derechos que emanan de la propiedad industrial, los del libre competencia económica y libre concurrencia sufren una afectación media, por razón de que la regulación contempla sustituir los productos por letreros en donde se expresaran las diversas marcas y precios de los cigarrillos que se despachan en el punto de venta de los comercios y, conforme a esta fórmula, concluyo que los referidos derechos perviven.

En el caso de la libertad de información y de libre elección de los consumidores, el menoscabo a estos derechos son leves, debido a que el acto cuya inconstitucionalidad se acusa, no prohíbe que el consumidor interesado acceda al producto y se informe de sus características, antes de comprarlo, pues, en el sistema legal no existe prohibición de mostrar el producto y los derechos de los consumidores se preservan, en la medida en que la información relacionada con los productos permanezca en los envases, lo que le permitirá, en todo momento, acceder a la misma; incluso, antes de adquirirlos. Cabe resaltar, igualmente, que en muchas ocasiones la disposición de los productos en el punto de venta no permite la transmisión de información a los consumidores.

En sentido contrario, conforme a lo que he explicado, al ponderar lo relativo a la necesidad e idoneidad de la medida, considero que el beneficio buscado, por quien expidió el Decreto Ejecutivo, es de una intensidad grave, o de entidad, y, por lo tanto, prevalece ante los principios comprometidos. Esto implica que la disposición adoptada justifica las

afectaciones de los principios constitucionales invocadas por la demandante, por lo que, en el caso particular, éstos se colocan por debajo de los derechos fundamentales, que consideró proteger el servidor que expidió el acto".

Agotada la etapa comentada, correspondió a los interesados emitir sus comentarios y argumentos en virtud de la acción de Inconstitucionalidad que nos ocupa. En razón de lo indicado, la Asociación China de Panamá, mediante apoderados judiciales señaló:

"... consideramos que esas regulaciones no deben ser absolutas de manera que, en vez de proteger la salud de todos los panameños, haga impracticable el ejercicio del comercio lícito por parte de nuestra comunidad, la libertad de expresión comercial ... y, en un contrasentido, incentiven la venta ilegal de cigarrillo, es decir, el contrabando de este rubro.

El incremento desmesurado de contrabando de cigarrillos ocasiona, además, un grave perjuicio económico; pues el producto derivado de tabaco de procedencia ilegal tiene en el mercado negro un valor cuatro veces menor que el producto legal. Esta circunstancia hace imposible competir con el producto ilegítimo. Los detallistas están dejando de vender más de 500 millones de cigarrillos y eso representa más de cinco (5) millones de dólares de ingresos dejados de percibir por los detallistas, aporte de los impuestos que no recibe el gobierno, generando, adicionalmente, desempleo en la cadena legal.

El artículo 1° del Decreto Ejecutivo N°611... veda conductas que son claramente distintas a la prohibición legal de la publicidad contenida... de la Ley N°13...de 2008, pues la simple exhibición de los productos para la venta no es un tipo de publicidad para atraer al consumidor...

El artículo 1°... establece 'prohibiciones totales' que no son razonables ni proporcionales en la afectación de los derechos fundamentales de los comerciantes detallistas, propietarios de los puntos de ventas, al desvirtuar o hacer impracticable el núcleo o contenido esencial de derechos subjetivos que la Constitución tutela y garantiza.

...

La sociedad en general como el consumidor en particular, tienen interés en el flujo de la información comercial, pues no puede mantenerse al público ignorante de las condiciones legítimas que las empresas ofrecen en libre competencia... el Estado no puede impedir la puesta en el mercado de artículos e información sobre los mismos cuando de una actividad completamente lícita y legítima se trata y, por el contrario, debe respetar adicionalmente el derecho de los consumidores a elegir según su preferencia.

Habiéndose eliminado la posibilidad de publicidad sobre los cigarrillos, la única forma de que disponen los consumidores para obtener información sobre esta clase de productos (sobre las advertencias o prevenciones sanitarias, acerca de las distintas marcas que se ofrecen en el mercado, con sus características que los distinguen e individualizan) es que puedan observarlos y comprarlos en el momento previo de la compra. De hecho, entre las obligaciones de un proveedor de productos o servicios se encuentra la de informar clara y verazmente al consumidos sobre las características del producto ofrecido y sus precauciones... constituyéndose en los correlativos derechos del consumidor a recibir de los proveedores toda la información sobre los productos-cosa muy distinta a la publicidad de un producto- y tener acceso a una variedad de los mismos que les permitan libremente decidir sobre la adquisición (o no adquisición) de los productos ofertados.

... esta nueva prohibición... le elimina al consumidor la posibilidad de ver en el punto de venta, antes de la adquisición, el propio envase del tabaco que contiene las advertencias sanitarias que el Ministerio de Salud ha considerado pertinentes.

...

... no hay evidencia real, concreta y científica de que el uso de un tipo y tamaño determinado de letra en un aviso informativo... pueda influir, promoviendo o desmotivando el consumo de un bien. Tampoco existe prueba alguna de que un tipo u otro de formas comunicantes atenten, en el caso concreto, con los valores constitucionales referentes a la seguridad, salud o el orden público.

...

Es trascendental que el consumidor pueda ver el empaque porque es una extensión del producto que se ofrece en venta. Esta es la razón de ser de los anaqueles o los equipos de exhibición que se colocan en los puntos de venta de los productos.

....

Los dispensadores de los productos de tabaco colocados en los puntos de venta de los pequeños comerciantes no tienen publicidad o promoción alguna de dichos artículos, como explicamos... sólo son utilizados para organizar los productos disponibles para la venta y para informar o anunciar las advertencias sanitarias...".

Enrique Fernández, mediante apoderada judicial señala que a su juicio, la normativa impugnada es violatoria de la Constitución Nacional. Su consideración se basa en que:

"... el artículo 1° del Decreto Ejecutivo N°611 de 3 de junio de 2010... se aparta del concepto académico y técnico de lo que debe entenderse como publicidad...

... se puede concluir que la publicidad es una forma pagada vía medios de comunicación de enviar y/o transmitir un mensaje al consumidor final. Y esto no aplica al punto de venta vía exhibidores que es un espacio físico en donde se coloca el producto al alcance del consumidor para su compra final.

...

De ninguna manera, un empaque de forma única, puede considerarse como lo sostiene el Decreto Ejecutivo 611 en un elemento que conlleva o estimule el consumo, que sea publicidad per se y mucho menos haga que los clientes de un producto abandonen o no el consumo del mismo por el sólo hecho de ser exhibido.

...

Al eliminar la posibilidad de exhibir productos legales, con marcas registradas, el Decreto 611 no hace sino equiparar a esta marcas con otras, que no sólo no se hallan debidamente registradas, sino que, a menudo, provienen del comercio

ilegal, no han tributado impuestos, ni se hallan sujetas a control sanitario o administrativo alguno.

...

Esto debido a que se está creando la fijación falsa y errada de que el producto no se encuentra disponible al no permitírsele tener visibilidad que según hemos sustentado está alineado a disponibilidad de producto.

... si bien puede haber (sic) ponderación de derechos constitucionales no es posible, jurídicamente hablando, por vía legislativa o reglamentaria, aniquilar o cercenar algunos para proteger otros".

En similar sentido se pronuncia la firma de abogados Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de la sociedad Philip Morris Panamá. El escrito de alegatos señala:

"El artículo 1° del Decreto Ejecutivo N°611... viola... el artículo 184 numeral 14 de la Constitución Política... El artículo 14 de la Ley 13 de 24 de enero de 2008, contiene una prohibición total a la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, cuya letra y espíritu en ningún momento prohibió la simple colocación o exhibición de los productos del tabaco en sus respectivos dispensadores y anaqueles en los puntos de venta.

El artículo 1° del Decreto Ejecutivo N°611... introduce una nueva prohibición que no responde al alcance y contenido del artículo 14 de la Ley 13 de 2008

... la Ley 13 ... de 2008 establece como única restricción a la colocación de productos del tabaco en el punto de venta el que dichos productos no podrán estar directamente al alcance de los clientes ...

En la medida que la Procuraduría General de la Nación invoque como fundamento unas directrices emitidas el 22 de noviembre de 2008 a manera de recomendación por la Conferencia de las Partes del Convenio Marco para el Control del Tabaco respecto a la exhibición de los productos de tabaco en los puntos de venta, es menester señalar que esas recomendaciones exhortatorias no han sido aprobadas formalmente por la República de Panamá a través de convenio internacional alguno, ni tampoco pasaron por el

trámite de internalización que le corresponde a la Asamblea Nacional a través de Ley formal. De hecho, dichas recomendaciones se emitieron luego de la aprobación de la Ley 40 de 2004, mediante la cual se adoptó el Convenio Marco para el Control del Tabaco, y con posterioridad a la aprobación y entrada en vigencia de la Ley 13 de 2008, mediante la cual se reguló la venta de los productos de tabaco. Por lo tanto, dichas recomendaciones no pueden alterar el alcance de la Ley 13 de 2008, no forman parte del ordenamiento jurídico panameño, y no pueden servir de fundamento para la promulgación de un acto administrativo reglamentario en clara y manifiesta violación del artículo 184, numeral 14 de la Constitución Política.

....

El artículo 1° del Decreto Ejecutivo N°611... viola... el artículo 298 de la Constitución Política... La prohibición de exhibición o colocación de los productos lícitos derivados del tabaco en los dispensadores, anaqueles y cualquier otra estantería ubicada en los puntos de venta, trae como consecuencia un mercado artificial y distorsionado, en el cual no es posible ejercer el derecho a la libre competencia económica, ya que la prohibición de la exhibición del producto impide a los fabricantes competir por el negocio de personas ya fumadores, impide a los competidores existentes lanzar nuevos productos al mercado, y sirve como barrera a todo nuevo competidor que quiera entrar a este mercado.

... Si el producto no se muestra en el punto de venta minorista, el fabricante no puede comunicar información acerca de las mejoras o los cambios en sus marcas existentes a los fumadores adultos ya existentes.

....

La prohibición de la mera colación del producto en las estanterías tenderá a disminuir la capacidad de que los clientes distingan una marca de las demás. Dado que la principal característica distintiva que permanecería entre los productos derivados del tabaco en el punto de venta es el precio, la competencia entre fabricantes puede alejarse de las marcas y concentrarse más en el precio, lo que favorece la tendencia existente del consumidor a comprar cigarrillos

más baratos y productos de contrabando en el mercado negro, lo cual ya es un problema de gran envergadura en Panamá.

A medida que se reduce el precio promedio pagado por derivados del tabaco, hay un paradójico correspondiente aumento del consumo de productos de menor calidad y de contrabando que no reúnen los requerimientos mínimos para el consumo".

En este mismo sentido se refirió el proponente de la acción constitucional que nos ocupa, quien además de reiterar los criterios expuestos en el libelo de la misma, señaló que:

"En relación con lo expresado por la Procuraduría General de la Nación, podemos señalar que, contrario a lo señalado por este funcionario, el convenio Marco de la OMS para Control del Tabaco, aprobado mediante Ley N°40 de 7 de julio de 2004, no obliga al Estado parte a la imposición de prohibiciones absolutas o radicales a la publicidad del tabaco, toda vez que se considera que la parte 'que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su Constitución o sus principio constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco'.

... en la opinión vertida por el señor Procurador General de la Nación sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada, a pesar que reconoce que se menoscaban los derechos de los consumidores, se incurre en el error de que no se hace diferencia entre lo que es exhibición de un producto para su venta y publicidad y se asume que dichas acciones son iguales o equivalentes. ... Si no hacemos esta diferencia, incurrimos en un claro error de interpretación de los artículos 37, 47, 49, 298 de la Constitución, entre otras normas fundamentales, a tenor de los artículos 17 párrafo segundo de la Constitución y artículo 11 del Código Civil...".

Por último, Jorge Flores, mediante apoderado judicial también consideró que la disposición recurrida es inconstitucional. Los señalamientos en torno a esta afirmación se sintetizan así:

"... la puesta en práctica del Decreto del Decreto(sic) Ejecutivo N°611 de 3 de junio de 2010, le produjo un enormes (sic) perjuicios, los cuales a la postre culminaron con la pérdida(sic) de su empleo y con el consecuente desmejoramiento en sus condiciones económicas...

El producto que comercializaba nuestro representado, es un producto lícito regulado... Con la medida adoptada en el Decreto Ejecutivo N°611... el Ministerio de Salud de manera inconstitucional, supuestamente, en aras de proteger el derecho a la salud, provocó la eliminación de una serie de puestos de trabajo, en contradicción con el artículo 64 de la Constitución panameña ...

... el establecimiento de la política regulatoria del tabaco en vez de asegurar el derecho a la salud de todos los panameños propició en el sector y en toda la cadena de comercialización de este rubro un importante desempleo.

... la regulación que consideramos inconstitucional atenta contra el empleo en el sector y desconoce, en consecuencia, el mantenimiento de circunstancias que permitan al trabajador 'las condiciones necesarias para llevar una existencia decorosa'...

... el Estado debía prever las consecuencias económico-laborales del sector tabacalero al dictar el intenso reglamento. Este es un objetivo que la autoridad debe alcanzar a través de un examen verdadero y desapasionado de los efectos reales del Decreto Ejecutivo N°611... que no contempló con medias(sic) correctivas en materia de Derecho del Trabajo...

Con la medida de no permitir la exhibición de los productos de tabaco y sus derivados en los dispensadores... no se consideró el establecimiento de políticas económicas tendientes a evitar desempleo en el sector...

No se discute, que el Estado tiene la obligación de garantizar el Derecho a la Salud; sin embargo, las autoridades debe ponderar las medidas que ha de implementar para garantizar dicho derecho, en el sentido de aplicar las medidas que menos afecten los otros derechos constitucionales...

Con la ejecución y puesta en práctica del artículo primero del Decreto Ejecutivo N°611... muchos comerciantes

decidieron no vender productos lícitos derivados del tabaco... en sus locales comerciales y señalan como fundamento para tal decisión, que no les era rentable, ya que los consumidores preferían adquirirlos en la calle de manera ilícita...

... la empresa British American Tobacco Panama, S.A. se vio, producto de la arbitraria regulación, compelida a reducir su fuerza laboral en un treinta y cinco por ciento..."

Culminado el período o la fase de alegatos, corresponde a este Máximo Tribunal de Justicia decidir la presente causa constitucional.

Consideraciones y decisión del Pleno:

Teniendo presente los criterios que se han desarrollado dentro de la acción que nos ocupa, se procede a decidir esta causa de índole constitucional.

En vías de concretar ello, y con el fin de contar con un panorama global y general de lo que se estudia, hagamos referencia a la génesis y evolución de la norma que se ataca. Por ello, es de lugar citar el artículo de la ley que se reglamenta mediante el decreto ejecutivo ahora impugnado, así como también, el contenido del anterior decreto ejecutivo que en ocasión de dicha ley también se había emitido. Estas disposiciones son del tenor siguiente:

"LEY No.13 De 24 de enero de 2008

Que adopta medidas para el control del tabaco y sus efectos nocivos en la salud

Artículo 14. Se prohíbe totalmente cualquier forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco y de sus productos, así sea a través de medios indirectos o subliminales, dirigida a menores o mayores de edad.

Igualmente se prohíbe toda forma de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizo del tabaco y sus productos, que penetren en el territorio nacional.

DECRETO EJECUTIVO 230 (De 6 de mayo de 2008)

Que reglamenta la Ley 13 de 24 de enero de 2008 y dicta otras disposiciones

Artículo 18. La prohibición total indicada en el artículo 14 de la Ley 13 de 2008, solo permite la colocación de los productos de tabaco y sus derivados en los dispensadores y anaqueles de

los puntos de venta, que contendrán las advertencias sanitarias adicionales con sus respectivos pictogramas. No se podrá participar de manera alguna en el mercadeo, la publicidad, promoción o el patrocinio del tabaco. Esto también incluye aquella que se introduce en el interior de los cartones y/o cajetillas de todos los productos de tabaco y la que es remitida a los consumidores vía correo, internet y utilizando cualquier otra forma de comunicación disponible en el mercado nacional e internacional.

Queda prohibida la entrega o distribución de muestras, sean o no gratuitas, de cualquier producto del tabaco y sus derivados.

Decreto Ejecutivo N°611 de 2010

Artículo 1. Modificar el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, el cual quedará así:

Artículo 18. La prohibición total indicada en el artículo 14 de la Ley 13 de 2008, no permite la exhibición de los productos de tabaco y sus derivados en los dispensadores, anaqueles y cualquier otra estantería ubicada en los puntos de venta. No se podrá participar de manera alguna en el mercadeo, la publicidad, promoción o el patrocinio del tabaco. Esto también incluye aquella que se introduce en el interior de los cartones y/o cajetillas de todos los productos de tabaco y la que es remitida a los consumidores vía correo, Internet y utilizando cualquier otra forma de comunicación disponible en el mercado nacional o internacional.

Sólo se permitirá la colocación de un letrero que contenga una lista textual de productos y sus respectivos precios, sin elementos promocionales. El letrero tendrá fondo blanco, con un tamaño máximo de 8.5 por 11 pulgadas, los textos estarán escritos en letra Arial 14", negra, mayúscula cerrada, resaltada en negritas. Los letreros serán colocados en las áreas específicas del establecimiento donde se realice el despacho de los productos y su contenido será validado por la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Salud y por la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

Queda prohibida la entrega o distribución de muestras, sean o no gratuitas, de cualquier producto del tabaco y sus derivados".

Así las cosas, debemos señalar que al momento de iniciar el análisis de esta causa, se hace necesario tener presente que la Ley 13 de 2008 fue primeramente reglamentada por el Decreto Ejecutivo N°230 de 2008, y éste, posteriormente fue reformado por el decreto ejecutivo que ahora nos ocupa, y que se identifica como 611 de 2010.

Ahora bien, refirámonos a la primera norma constitucional invocada por la actora, que es el artículo 37 de la Carta Magna, en la que reconoce la libertad de expresión.

Respecto a ello observamos, que es la propia Constitución Nacional la que reconoce el derecho y a la vez lo limita. Reconoce que la libertad de expresión no es absoluta, ya que indica que *"existen las responsabilidades legales cuando por alguno de estos medios se atente contra la reputación o la honra de las personas o contra la seguridad social o el orden público"*.

En relación a este tema, esta Corporación de Justicia ha indicado lo siguiente:

"La libertad de expresión es quizá una de las más importantes de todas las garantías del individuo frente al Estado. Como el texto mismo recoge, consiste en la libre emisión del pensamiento, manifestado de cualquier forma (oral, escrito, etc.) Por ende, también comprende la libertad de prensa en un sentido amplio, entendiéndose así la publicación de ideas y su circulación.

La prohibición de censura, tal y como queda recogido en el artículo 37 de la Constitución Nacional, responde a la necesidad contemporánea, y que nace ya a fines del Siglo XVIII con las revoluciones francesa y angloamericana, de permitir la libre comunicación de ideas y pensamientos, sin mayor limitación que la de no incurrir en abusos a esa libertad.

.....

Resulta de vital importancia en este sentido distinguir, como a bien ha tenido oportunidad de hacerlo la Corte en ocasiones previas (v.g. sentencia de 21 de agosto de 1992), entre el concepto de libertad de expresión y el de libertad de opinión. Ello, porque lo que se regula a través del texto legal impugnado no es la libertad de opinión del que presenta la encuesta, sino algunos aspectos de la forma en que ésta se exterioriza.

Por libertad de expresión se entiende el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio apropiado; su modo de ejercicio es extenso, pero como todo derecho, lleva implícita también la idea de su propia regulación.

En la referida sentencia de 21 de agosto de 1992, el Pleno de la Corte, al abundar sobre la posibilidad de reglamentar ciertos aspectos de la libertad de expresión indicó:

'No debe confundirse con la llamada libertad de opinión, ya que mientras que ésta es reconocida como una libertad absoluta, la libertad de expresión constituye un derecho fundamental limitado, cuya regulación suele el Constituyente delegar al Legislador ordinario.

En Panamá, el propio artículo 37 de la Constitución establece tácitamente esta delegación al señalar las responsabilidades legales como límites a su ejercicio, cuando protege situaciones o derechos igualmente tutelables de manera taxativa: 'la reputación o la honra de las personas, la seguridad social y el orden público'.

Además, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República de Panamá introducen también limitaciones a su ejercicio los que deben ser considerados al plantearse su interpretación.

Así vemos, que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 14 de 28 de octubre de 1976), como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 15 de 28 de octubre de 1977) reglamentan las condiciones que permiten restringir el ejercicio de la libertad de expresión, en los artículos 19 y 13, respectivamente.

El Pacto Internacional dispone que las restricciones a esta libertad deben estar 'expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para ... asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas'

... En el plano del derecho interno, el Legislador en ejercicio de esa reserva legal ha reglamentado los límites

constitucionales de la Libertad de Expresión ...' (subrayado de la Corte)

De lo anterior se colige, que la tutela constitucional ampara el derecho de libre opinión, pero que es posible, en determinadas circunstancias, regular la forma en que se expresan o divulgan ciertas ideas, sin que con ello éstas resulten suprimidas. Ya lo comentaba el Doctor José Dolores Moscote: "En general, la garantía que aquí se consagra está inspirada en la mejor doctrina acerca de la libertad individual de pensamiento en armonía con las restricciones de orden social que su uso necesariamente impone" (destacado es nuestro). (Acción de Inconstitucionalidad. 8 de diciembre de 1998. Mag. Edgardo Molino Mola).

De lo citado se deduce, que tanto la Carta Política Nacional, como los fallos de la Corte Suprema de Justicia, son claros en indicar que una de las dos vertientes de la libertad consagrada en el artículo objeto de estudio, no es absoluta, y por tanto, está sujeta a limitantes.

Ahora bien y luego de expuestas estas consideraciones generales sobre el artículo constitucional objeto de análisis, centrémonos en la petición de inconstitucionalidad solicitada por British American Tobacco Panama, S.A.

El examen y comparación de la norma que se impugna de inconstitucional con respecto a la disposición constitucional invocada, así como las demás regulaciones que guardan relación con este tema, nos permiten identificar que no hay vulneración del artículo 37 de la Constitución Nacional.

Lo primero que debemos señalar para sustentar nuestra afirmación, es que hay una distinción entre la libertad de expresión y la de opinión. Esta última para la cual se atribuye la característica de absoluta, más no así para la libertad de expresión.

Teniendo presente dicha premisa, se concluye con claridad que el derecho que el actor considera como vulnerado, a saber, la libertad de expresión, posee limitantes para su ejercicio, por lo tanto, se pueden establecer razones de singular y específica importancia para poder restringir su ejercicio.

Es aquí donde entra en juego el tema de la salud pública y, por consiguiente, la vida de todos los asociados como elemento constitucional que permite al Estado establecer limitantes y restricciones en el ejercicio de

determinados derechos, que aún cuando son igualmente reconocidos por la Constitución Nacional, deben ceder ante el bienestar común.

Así las cosas, hay que poner en perspectiva, si debe prevalecer o primar la manifestación de una idea, o por el contrario, hay que preservar y salvaguardar la salud de los asociados. Para aclarar lo anterior, debemos remitirnos al contenido de otras disposiciones constitucionales, como son los artículos 17, 50 y 109 de la Carta Magna. El primero de ellos obliga a las autoridades nacionales a proteger la vida de quienes estén bajo su jurisdicción. Al respecto, no cabe duda que una de esas formas de protección, es a través de la salud, ya que es un aspecto esencial para el ser humano. En consecuencia, las disposiciones que se establezcan en atención a ello, priman sobre otras que contengan derechos que no necesariamente sean indispensables para la vida de los asociados.

En ese mismo orden de ideas, el artículo 109 de la Constitución Política de la República establece un punto trascendental dentro del estudio que se desarrolla, ya que considera como una función "esencial" (imprescindible) del Estado, velar por la salud de la población.

Todos estos factores se unen para legitimar la medida impugnada, y que busca preservar y prevenir la salud, que es un tema de interés social y, a su vez, permite a las autoridades nacionales e internacionales, limitar algunas libertades reconocidas.

Por tanto, el hecho que mediante una disposición se haya limitado la libertad de expresión, no implica una automática vulneración de la Constitución Nacional, precisamente porque este mismo cuerpo normativo lo permite, siempre y cuando sea por razones como la utilidad pública o el interés social, éste último dentro del que se incorpora el tema de la salud.

Si toda restricción de las libertades fuera inconstitucional, viviríamos en un desorden social, no existirían reglas y se haría imposible la convivencia pacífica de los asociados. Es importante que en ese sentido, se tenga una clara identificación de lo que puede afectar intereses particulares (como puede ocurrir en este caso), frente a situaciones globales como la salud nacional, e incluso mundial, toda vez que la disposición que se ataca, atiende a tratados y normativas dictadas en consenso con los países del mundo.

Por tanto, las limitantes que se establezcan, deben dimensionarse en su justa medida, ya que por ejemplo, no puede pretenderse que en vías de preservar la libertad de movimiento, se impida aplicar a delincuentes y personas investigadas, medidas restrictivas de esa libertad. Del mismo modo, existen un

sin número de restricciones a libertades, como lo son las reglas de tránsito y otras, que por el solo hecho de dictarse, no implican su inconstitucionalidad.

Vemos entonces, que la libertad de expresión, al igual que otras, puede verse limitada bajo los parámetros justos que la misma Carta Magna reconoce. Por tanto, y como se ha desarrollado, lo que se debe se demuestra en este caso, es que concurre uno de esos elementos por los cuales se puede restringir determinada libertad.

El deber del Estado de salvaguardar a la población, requiere la adopción de medidas que evidentemente afectan a otros, pero no por ello se convierten de forma automática, en una contravención a determinado derecho constitucional.

Consideramos que el punto central para determinar si se vulneraba o no el artículo 37 de la Carta Magna, era si la libertad de expresión podía verse o no limitada por factores de orden público como la salud. Y como quiera se ha determinado que ello sí procede, al tenor de lo dispuesto en otras normativas *supra* legales, lo que corresponde en señalar que no se configura la inconstitucionalidad alegada.

En virtud de lo analizado, se concluye que nos encontramos frente a la emisión de una disposición que atiende a compromisos internacionales para preservar la salud mundial, lo que evidentemente se convierte en uno de esos motivos excepcionales, por los cuales se permiten establecer limitantes a ciertas libertades reconocidas en la Norma Fundamental. Y es que debemos agregar, que según lo indicado en la Constitución Nacional sobre las normas de interés social, estas incorporan ese elemento excepcional que provoca que los intereses particulares, en este caso de las empresas tabacaleras y afines, deban ceder a favor del bienestar de todos los habitantes en el territorio nacional y del mundo. Cuando se invoca y pretende el interés social (bienestar colectivo), se justifica la adopción de determinada decisión o actuación por parte de las autoridades del Estado. En este caso, se pretende preservar y garantizar una necesidad y derecho de todas las personas, como lo es la salud, mediante una actuación directa del Estado, a través de la promulgación de una normativa como la que nos ocupa.

La otra disposición constitucional que se considera infringida, es el artículo 47 de la Carta Política panameña, que reconoce la propiedad privada. En relación a esta norma, se ha indicado que su interpretación viene de la mano del contenido del artículo 337 del Código Civil. La conjunción de estas disposiciones, ha dado lugar a considerar que:

"... la Constitución protege la propiedad privada adquirida conforme a la Ley, una vez adquirida podemos gozar de ella de acuerdo a las limitaciones de ésta, la principal limitación a la propiedad es el beneficio social que debe cumplir..." (Fallo de 31 de diciembre de 1993).

Vistos algunos planteamientos en torno a la norma constitucional que nos ocupa, podemos indicar que no se observa una vulneración de ésta en virtud del contenido del artículo 1 del decreto ejecutivo 611 de 2010.

Sostiene la actora que la libertad de expresión se ve limitada de forma absoluta, precisamente porque así lo establece la propia norma impugnada. Sin embargo, es necesario verificar si esa limitación que se reconoce en el artículo 1 del Decreto Ejecutivo 611 de 2010, afecta también de forma absoluta, directa y sin justificación el derecho de la propiedad privada.

En ese sentido, se observa que lo establecido en la normativa impugnada no desconoce o ignora que los bienes concernientes a la marca o productos derivados del tabaco se hayan obtenido por parte de British American Tobacco Panama, S.A conforme a la Ley. El artículo 1 del Decreto Ejecutivo 611 de 2010, no deja sin efecto la adquisición legal de estos bienes por parte de dicha persona jurídica. Por tanto, British American Tobacco Panama, S.A. puede seguir gozando de los frutos que devienen de la comercialización de la adquisición legal de la cosa.

La garantía que recoge el artículo 47 de la Constitución Nacional, también apunta al derecho que se tiene de gozar y disponer de la cosa sin mas limitaciones que las que establezca la ley. En este sentido, tampoco se observa que el artículo 1 del Decreto Ejecutivo 611 de 2010, incumpla o contravenga este presupuesto, ya que si bien es cierto se ha reconocido que la norma atacada establece limitantes, no constan que con ella se esté desconociendo o impidiendo el goce y disposición total de la cosa. Es decir, que no se verifica que estas garantías en específico, se estén restringiendo de forma absoluta y sin justificación.

British American Tobacco Panama, S.A. puede, aún ante la incorporación del artículo 1 del Decreto Ejecutivo 611 de 2010, utilizar, comercializar, contratar y realizar otras actividades con los productos derivados del tabaco. Ese derecho existe y permanece. Y aún cuando se considere limitado por el contenido de esta normativa, esa restricción no impide de forma absoluta, el derecho al goce y disfrute de la cosa.

Reiteramos pues, que la disposición acusada no le impide vender o disponer del bien (marca y producto) a British American Tobacco Panama, S.A., así como tampoco desconoce que sus productos hayan sido obtenidos de forma legal.

Por otro lado, la acción de Inconstitucionalidad que nos ocupa, también aborda la posible vulneración del artículo 49 de la Carta Magna. Esta disposición *supra* legal establece garantías dirigidas principalmente a los consumidores y adquirientes de bienes y servicios, entre otros aspectos.

Consideramos que esta disposición no ha sido contrariada por el contenido del artículo 1 del Decreto Ejecutivo 611 de 2010.

Indicamos lo anterior, porque si bien la redacción de la norma impugnada establece limitantes, ello no se extiende al extremo de eliminar de las cajetillas, los logos, identificaciones, características y advertencias sanitarias que por ley deben contener estos productos, y ser de conocimiento de los consumidores que obtendrán el bien. Las particularidades en los envases que contienen los productos derivados del tabaco, seguirán estando presentes en los mismos. La norma atacada no está encaminada a eliminar el contenido de los envases de dichos productos; en caso tal, está restringiendo que estos se muestren o que a través de ellos se inste al consumo de dichos productos que se consideran nocivos para la salud mundial. Sin embargo, el consumidor, al obtener o comprar el bien, contará con la información, características y advertencias del producto que consumirá.

Otra de las disposiciones constitucionales que se considera infringida, es el artículo 184 numeral 14 de la Norma Fundamental. Este acápite establece dos aspectos. Uno de ellos es que le reconoce al Presidente de la República y al ministro correspondiente, la facultad para que de forma conjunta, reglamenten leyes. La segunda idea que recoge dicho numeral, es la forma en que se realiza la reglamentación, la que no deberá apartarse de su texto ni espíritu. Por ello, se entiende que la potestad reglamentaria está encaminada a que se respete la jerarquía de las normas. En este caso, por tratarse de un decreto ejecutivo, el mismo debe respetar el contenido y tenor de lo que disponía la ley sobre la materia a reglamentar.

El análisis del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, está precedido de la cita de tres disposiciones que cobran relevancia en esta acción de Inconstitucionalidad. La primera de ellas es la que consideramos marco, a saber, la ley 13 de 2008. En este cuerpo normativo se introduce el artículo 14, que posteriormente es objeto de reglamentación a través de los Decretos Ejecutivos 230 de 2008, y el ahora impugnado 611 de 2010. En ese artículo 14 se prohíbe de forma "total", cualquier

forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco y de sus productos. Es decir, que la ley no solo restringe lo que los expertos han definido como publicidad, sino otras actividades que se recogen dentro de los conceptos de promoción y patrocinio, que también se incorporan en el mencionado artículo. Por tanto, es la ley la que a parte de la publicidad, prohíbe también la promoción (conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas. "Diccionario Esencial de la Lengua Española". 2006. pág 1208) y el patrocinar (Apoyar o financiar una actividad, normalmente con fines publicitarios. *Ibidem*. Pág 1113). De esto se colige, que es la ley la que establece la limitación a una serie de actividades, donde si bien no se establece de forma expresa la exhibición que incorpora el decreto impugnado, si comprende una serie de situaciones o aspectos que concuerdan con lo que se entiende por dicho concepto.

En ese sentido, si comparamos el concepto de promoción con el de exhibir (Manifestar, mostrar en público. "Real Academia Española. Diccionario Esencial de la Lengua Española". Espasa Calpe, 2006. pág 648), se arriba a la conclusión que el acto impugnado no desatiende los lineamientos que recogía la ley, sino que se tratan de conceptos que recogen situaciones similares.

Si tomamos la definición de promoción, que señala que es el conjunto de actividades tendientes a dar a conocer algo (en este caso cigarrillos), y la confrontamos con la de exhibir, que se refiere a mostrar o poner a la vista un producto para que el consumidor escoja (ver fjs 26 a 27 de la demanda), se comprueba con facilidad la correlación y similitud entre uno y otro concepto, por lo que evidentemente el decreto ejecutivo no está incorporando una limitación nueva y distinta a la que prevé la ley, sino que desarrolla en otros términos, lo que engloba y puede entenderse por promoción.

Y es que al tenor de lo planteado, debemos recordar que es la ley que se reglamenta a través de la resolución atacada, la que establece una prohibición total, es decir, sobre la generalidad o universalidad de una serie de aspectos, a saber, las actividades que surgen de los conceptos publicidad, promoción y patrocinio.

De esto se colige, que la norma primaria cuyo contenido se debía preservar con la emisión del decreto ejecutivo, establecía una limitante abarcadora.

También se plantea que en el decreto ejecutivo se confunden los conceptos de publicidad con exhibición. Sin embargo, lo que plantea la norma atacada no es una similitud entre estos términos, sino que al introducir la palabra exhibir, recoge los aspectos que se desarrollan con el término promoción, cuya

prohibición total es incorporada por la ley y no por el Decreto Ejecutivo 611 de 2010.

Si bien el decreto ejecutivo prohíbe la exhibición, no puede soslayarse que la incorporación de esta expresión no atiende a una equiparación del mismo con el concepto de publicidad, sino que se refiere a todos aquellos aspectos y situaciones que recoge el término de promoción que se estableció en la Ley y no en el decreto ejecutivo.

Como vemos, no existe una extralimitación en la forma en que se reglamentó la ley, porque la lectura y el análisis integral del artículo impugnado, da cuentas que en él se continuó con la limitación que la ley estableció para el tema de la promoción (además del de publicidad y patrocinio), cuya definición se asimila al tema de exhibición que incorpora el decreto ejecutivo.

Por tanto, es errada la concepción del actor de hacer ver que el decreto ejecutivo pretende equiparar exhibición con publicidad, sino que el término de exhibición incorporado en la norma atacada, se encuentra en concordancia y en desarrollo a las otras dos limitantes totales que establece la ley, es decir, promoción y patrocinio.

Verificada esta concordancia conceptual, debemos reiterar nuestra consideración que no se ha violentado el numeral 14 del artículo 184 de la Constitución Nacional, es decir, la reglamentación de ley. En otras palabras, la forma en que se ejercitó la facultad reglamentaria, no sobrepasó los límites establecidos en la ley que se regula a través del acto impugnado.

La última vulneración constitucional que se plantea en el libelo de la acción de Inconstitucionalidad, es respecto al artículo 298 de la Carta Magna. Ésta normativa introduce los temas de libre competencia y concurrencia.

Para determinar si esta disposición ha sido contravenida, es importante tener claro lo que debe entenderse por estos conceptos.

Cuando se habla de la libre competencia, hay que tener presente que este término engloban varios aspectos, entre ellos, la libertad de elección de consumidores y productor, la participación de los distintos agentes económicos de forma independiente, pero sometidos a las mismas reglas; situación que a su vez produce competitividad e incentivos que deben conllevar a la eficiencia de las empresas, mayor calidad del producto y disminución de precios. En similares términos opera la libre concurrencia, ya que este es el sistema donde la oferta y la

demanda juegan un papel importante en la determinación del precio, producto de la libre participación en el mercado de consumidores y oferentes.

Estas ideas nos permiten señalar, que las limitantes que se establecen en la norma atacada de inconstitucional, no impiden que de forma absoluta se concurra al mercado y, consecuentemente, se establezcan los precios que son el resultado de la libre oferta y demanda. Además, el contenido del artículo 1 del Decreto Ejecutivo 611 de 2010, no sólo aplica para los productos de British American Tobacco Panama, S.A., sino que se trata de una regla que opera para todas las partes relacionadas al tema de los productos del tabaco; denotando aquella igualdad de reglas que establece el propio artículo 298 de la Constitución Nacional.

Por tanto, no se evidencia que de forma absoluta se impida a compradores y vendedores concurrir al mercado, y seguir estableciendo las políticas necesarias para atraer a sus clientes.

En consecuencia y en virtud de lo indicado, el Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL** el artículo 1 del Decreto Ejecutivo 611 de 2010.

Notifíquese.

HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA

HARRY ALBERTO DÍAZ GONZÁLEZ -- LUIS RAMÓN FÁBREGA SÁNCHEZ -- JERÓNIMO MEJÍA E. -(**Con Voto Razonado**)- HARLEY J. MITCHELL D. -- ALEJANDRO MONCADA LUNA -- OYDÉN ORTEGA DURÁN -- JOSÉ EDUARDO AYU PRADO CANALS -- VÍCTOR L. BENAVIDES P.

YANIXSA Y. YUEN C. (Secretaria General)

VOTO RAZONADO DEL MAGISTRADO JERÓNIMO MEJÍA E.

Respetuosamente, a pesar de estar de acuerdo con lo decidido, considerado pertinente externar algunas consideraciones con relación a la Sentencia que declara que **NO ES INCONSTITUCIONAL** el artículo 1 del Decreto Ejecutivo N° 611 de 2010, "*Que modifica el artículo 18 de Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, que reglamenta la Ley 13 de 24 de enero de 2008*".

Como bien se explica en la Sentencia, la norma demandada modifica el Decreto Ejecutivo N° 230 de 2008, que permitía la colocación de productos de tabaco y sus derivados en dispensadores y anaqueles de los puntos de venta, en contravención a lo dispuesto en el CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), ratificado por Panamá mediante la Ley 40 de 7 de julio de 2004^[1] y al artículo 14 de Ley 13 de 23 de enero de 2008, que prohíbe cualquier forma de publicidad, promoción o patrocinio del tabaco y de sus productos, dirigida a mayores o menores de edad, en el territorio nacional.

El referido artículo 1° del Decreto Ejecutivo N° 611 de 3 de junio de 2010, dictado por el Ministerio de Salud, es del tenor siguiente:

"Artículo 1. Modificar el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, el cual quedará así:

Artículo 18. La prohibición total indicada en el artículo 14 de la Ley 13 de 2008, no permite la exhibición de los productos de tabaco y sus derivados en los dispensadores, anaqueles y cualquier otra estantería ubicada en los puntos de venta. No se podrá participar de manera alguna en el mercadeo, la publicidad, promoción o el patrocinio del tabaco. Esto también incluye aquella que se introduce en el interior de los cartones y/o cajetillas de todos los productos de tabaco y a la que es remitida a los consumidores vía correo, Internet y utilizando cualquier otra forma de comunicación disponible en el mercado nacional e internacional.

Sólo se permitirá la colocación de un letrero que contenga una lista textual de productos y sus respectivos precios, sin elementos promocionales. El letrero tendrá fondo blanco, con un tamaño máximo de 8.5 por 11 pulgadas, los textos estarán escritos en letra Arial 14", negra, mayúscula cerrada, resaltada en negritas. Los letreros serán colocados en las áreas específicas del establecimiento donde se realice el despacho de los productos y su contenido será validado por la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Salud y por la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

Queda prohibida la entrega o distribución de muestras, sean o no gratuitas, de cualquier producto del tabaco y sus derivados".

La disposición cuya constitucionalidad fue examinada, hace parte de las denominadas "*regulaciones adjetivas en función de la salud de la población*" que buscan impedir la utilización de ciertos medios de comunicación para transmitir

mensajes que se consideran nocivos para la salud (Cfr. FAUNDEZ LEDESMA, Héctor, "*Los Límites de la libertad de expresión*", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 21, 2004, ISBN970-32-1947-0, <http://biblio.juridicas.UNAM.mx/libros/4/1540/p11540.htm>, p. 645). Este tipo de restricciones a la publicidad "...apunta esencialmente al contenido del mensaje, pero eventualmente también puede estar dirigida a los aspectos adjetivos -de lugar, oportunidad, y modo de su expresión-...Esta circunstancia podrá impedir que se divulguen determinadas informaciones o mensajes, en forma de películas o de canciones, en los que se hace la apología de las drogas, o sustancias estupefacientes, o regular la propaganda de cigarrillos o bebidas alcohólicas, señalando los medios a través de los cuales se puede difundir, y eventualmente señalando las características que dicha publicidad puede, o debe, tener" (op. cit., p. 637).

La Sentencia que antecede aborda, en primera instancia, el cargo de infracción al artículo 37 de la Constitución que plantea el actor, estableciendo el carácter no absoluto de la libertad de expresión y la esencialidad de la salud para el ser humano, para concluir que la medida impugnada es legítima ya que "...busca preservar y prevenir la salud, que es un tema de interés social y, a su vez, permite a las autoridades nacionales e internacionales, limitar algunas libertades reconocidas..." (f. 16). En ese sentido expresa que:

"El deber del Estado de salvaguardar a la población, requiere la adopción de medidas que evidentemente afectan a otros, pero no por ello se convierten de forma automática, en una contravención a determinado derecho constitucional. Consideramos que el punto central para determinar si se vulneraba o no el artículo 37 de la Carta Magna, era si la libertad de expresión podía verse o no limitada por factores de orden público como la salud. Y como quiera se ha determinado que ello sí procede, al tenor de lo dispuesto en otras normativas supra legales, lo que corresponde es señalar que no se configura la inconstitucionalidad alegada. En virtud de lo analizado, se concluye que nos encontramos frente a la emisión de una disposición que atiende a compromisos internacionales para preservar la salud mundial, lo que evidentemente se convierte en uno de esos motivos excepcionales, por los cuales se permiten establecer limitantes a ciertas libertades reconocidas en la Norma Fundamental. Y es que debemos agregar, que según lo indicado en la Constitución Nacional sobre las normas de interés social, estas incorporan ese elemento excepcional que provoca que los intereses particulares, en este caso de las empresas tabacaleras y afines, deban ceder a

favor del bienestar de todos los habitantes en el territorio nacional y del mundo. Cuando se invoca y pretende el interés social (bienestar colectivo), se justifica la adopción de determinada decisión o actuación por parte de las autoridades del Estado..." (f. 17).

Considero que el fallo bajo examen analiza solamente la legitimidad de restringir una de las manifestaciones de la libertad de expresión, como lo es la publicidad (nótese que la norma impugnada se limita a establecer restricciones a la publicidad de productos de tabaco en los dispensadores, anaqueles y cualquier otra estantería ubicada en los puntos de venta de cigarrillos).

Por ello, no estoy de acuerdo con que se afirme, de manera absoluta, que las normas de interés social "...incorporan ese elemento excepcional que provoca que los intereses particulares, en este caso de la empresas tabacaleras y afines, deban ceder a favor del bienestar de todos los habitantes en el territorio nacional y del mundo", ni comparta la afirmación de que ". Cuando se invoca y pretende el interés social (bienestar colectivo), se justifica la adopción de determinada decisión o actuación por parte de las autoridades del Estado".

Si bien estoy de acuerdo que, en este caso, los intereses particulares de las empresas tabacaleras y afines deban ceder frente al interés general de la sociedad, concretado en la salud de las personas, lo cierto es que ello es algo muy distinto a señalar de manera categórica que -como se deduce de la sentencia-, siempre y en todo caso, el interés general prevalece sobre la libertad de expresión, que es en última instancia la consecuencia que se deriva del argumento expuesto en el fallo. Estas afirmaciones no han sido objeto de análisis ni se concluyen, necesariamente, de lo que argumenta la sentencia.

Antes bien, estimo necesario enfatizar que ninguna de las restricciones legítimas que pueda sufrir la libertad de expresión, desdican de dicha libertad como derecho constitucionalmente reconocido, consagrada igualmente en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en otros instrumentos internacionales, por tratarse de un elemento indispensable para la existencia de una sociedad democrática y del Estado de Derecho.

Por ello, recalco, lo que se está declarando constitucional es la restricción a la libertad de expresión en un tema puntual como lo es la publicidad del tabaco y sus derivados, por un motivo específico, como lo es la protección de la salud.[\[2\]](#)

De este modo, no puedo estar de acuerdo con que en un fallo que resuelve sobre un asunto tan particular que involucra solamente una manifestación de la libertad

de expresión se afirme que "Cuando se invoca y pretende el interés social (bienestar colectivo), se justifica la adopción de determinada decisión o actuación por parte de las autoridades del Estado", como si la sola alusión al interés social bastase para justificar "la adopción de determinada decisión o actuación por parte de las autoridades del Estado", en circunstancias en que esa sola referencia no implica necesariamente que exista tal interés en el caso de que se trate ni que, además, el interés social, una vez acreditado, deba imponerse siempre, por ejemplo, frente a los derechos fundamentales de las personas u otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos, sin realizarse el respectivo análisis de la situación concreta de que se trate.

Vale la pena indicar que la discusión sobre el tema de la publicidad del tabaco y sus derivados no es un tema pacífico y, en algunas latitudes, incluso, se ha dado mayor relevancia a la libertad de expresión frente a otros derechos como el derecho a la salud. Prueba de ello es que, en el caso de los Estados Unidos, la Corte Suprema en el caso *Lorillard v. Relly*, concluyó que una legislación del Estado de Massachussets que prohibía tanto la publicidad interior con altura inferior a cinco pies, como las ventas de tabaco a una distancia menor de mil pies de escuelas y campos de juego infantil, violaba la primera enmienda sobre la libertad de expresión, como discurso comercial protegido, al imponer una restricción al tabaco y su comercialización.[\[3\]](#)

Por otro lado, observo que el recurrente formuló también un cargo de infracción del artículo 298 de la Norma Fundamental que dispone que "El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados...".

Coincido con la Sentencia en que las restricciones a la publicidad del tabaco y sus derivados que establece el artículo 1° del Decreto Ejecutivo N° 611 de 2010, no producen la infracción del artículo 298 de la Constitución.

Sin embargo, me parece que quedó pendiente abordar el conflicto entre el derecho a la salud de los consumidores y la libertad de empresa, que ha sido parte del análisis que le han dispensado en algunos países a las normas que prohíben la publicidad y promoción del consumo de tabaco y sus derivados y que, en mi opinión-, era el más adecuado para decidir esta causa.

Este enfoque fue utilizado por la Corte Constitucional Colombiana, que planteó el problema jurídico relativo a las normas que regulan la publicidad del tabaco y sus derivados, entre el derecho de los consumidores a la salud y el derecho a la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, que abarca -al igual que la libertad de expresión-, la protección de la publicidad comercial.

En ese sentido, la Sentencia C830/10 de 20 de octubre de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia, declaró exequibles los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009, "*disposiciones por medio de la cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana*", por estimar que:

"... 35. Los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335/09, estudiados de manera armónica, permiten concluir que el legislador previó la prohibición total de la publicidad y promoción del consumo de tabaco, al igual que la restricción del patrocinio en eventos culturales y deportivos, cuando el mismo esté dirigido a la publicidad directa o indirecta de productos de tabaco y sus derivados. Estas medidas son compatibles con la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, puesto que el legislador puede imponer restricciones, incluso a nivel de prohibición, a la publicidad comercial, cuando concurren razones imperiosas que hagan proporcionales medidas de esa naturaleza. En el caso analizado, existe un consenso global acerca del carácter intrínsecamente nocivo de los productos de tabaco y sus derivados, habida cuenta el daño cierto, objetivo y verificable que provoca a la salud de quienes lo consumen y de los *fumadores pasivos*, al igual que al medio ambiente. Esta comprobación, aunada al hecho que la prohibición legal en comento, (i) no afecta el núcleo esencial de las libertades económicas, puesto que es compatible con la producción y comercialización de los productos de tabaco y sus derivados; (ii) preserva el derecho de los consumidores a conocer sobre los efectos y consecuencias del consumo de dichos bienes; y (iii) es desarrollo de compromisos suscritos por el Estado colombiano en materia de control de tabaco; permite concluir que las normas analizadas no contravienen las citadas libertades".

Como he dicho, personalmente me inclino por este último enfoque, porque es donde a mi juicio se da el verdadero conflicto constitucional entre la libertad de empresa -que abarca el derecho de publicitar y comercializar sus productos- y el derecho-deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para proteger la salud tanto de los fumadores activos como de los pasivos, estimando el suscrito que ha de prevalecer el derecho a la salud, pues existe evidencia científica y consenso generalizado acerca de los efectos nocivos del tabaco en la salud. Téngase presente que la Constitución Nacional incorpora una serie de derechos fundamentales de corte social, que obligan al Estado a prestarle atención y a

ejecutar acciones positivas para la consecución de los mismos. Y el derecho a la salud es uno de esos derechos, que justifica que el Estado intervenga en la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo.

Por las razones expuestas, respetuosamente, hago este voto razonado.

Fecha *ut supra*,

JERÓNIMO MEJÍA E.

YANIXSA Y . YUEN (SECRETARIA GENERAL)

[1] El CONVENIO MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), adoptado en la 56ª. ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD celebrada en mayo de 2003, plasma la preocupación de los Estados parte, por el impacto de todas las formas de estímulo al consumo del tabaco y reconoce que la prohibición total de su publicidad, reduciría el consumo de dichos productos.

[2] En ese sentido resulta útil mencionar, a manera de ejemplo, la Sentencia de 12 de diciembre de 2006 del **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (TJCE)**, que hace referencia al impacto de las prohibiciones publicitarias de los artículos 3 y 4 de la **Directiva 2003/33/CE** de la Comunidad Europea, sobre la libertad de expresión garantizada en el **artículo 10 Constitución Europea de Derechos Humanos (CEDH)** al valorar la adecuación de esas medidas al principio de proporcionalidad. Sobre este fallo el autor Pedro De Miguel Asensio indica lo siguiente: "...el TJCE destaca que la facultad de apreciación para establecer el equilibrio justo entre la libertad de expresión y los objetivos de interés general contemplados en el artículo 10.2 CEDH que pueden amparar medidas restrictivas como las contenidas en la Directiva 2003/33/CE es especialmente amplia en el sector de la publicidad, pues es éste un ámbito especialmente complejo y fluctuante de uso mercantil de la libertad de expresión, afirmando además que en todo caso la libertad de expresión en el periodismo, como tal, queda intacta, pues no se ven afectadas las colaboraciones de los periodistas" (Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Miguel, "*Prohibiciones de la Publicidad del Tabaco: Impacto de la Armonización Europea e Internacional*", en *La Ley* (Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y

bibliografía), 2007, núm. 1, pp. 1811-1824, ISSN: 0211-2744, *Documento depositado en el archivo institucional E Prints Complutense* <http://www.ucm.es/eprints>. El subrayado es mío).

[3] Cfr. Sentencia 830-10 de la Corte Constitucional de Colombia ; United States Report, Volumen 533, "Cases Adjudged in the Supreme Court, October Term, 2000", Washington, 2002, <http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/533bv.pdf>.