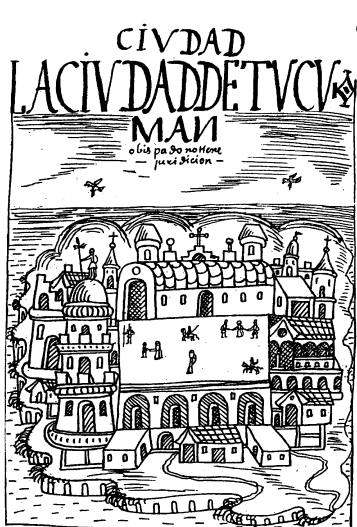


Integración en Ideas

Una publicación del IDELA/UNT



EN BUSCA DE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Un caso paradigmático: “La Prohibición de Fumar”

***Luciana Díaz de García
María Elena Caballero
Marta Tejerizo***

Las autoras: LUCIANA DÍAZ DE GARCÍA, MARTA YOLANDA TEJERIZO y MARÍA ELENA CABALLERO son Profesora Asociada, Profesora Adjunta y Jefa de Trabajos Prácticos en la Cátedra de Derecho Internacional Público y Política Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

El trabajo: corresponde a la ponencia elaborada para el XVII Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) y XIII Congreso Argentino de Derecho Internacional, celebrados en la Universidad Nacional de Catamarca, del 23 al 25 de octubre de 2003.

Octubre de 2003

EN BUSCA DE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Un caso paradigmático: “La Prohibición de Fumar”

LA INDIVISIBILIDAD E INTERDEPENDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La distinción histórica en categorías de los derechos humanos que los clasificaba en Derechos Civiles y Políticos, por una parte, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la otra y que se traducía en diferentes obligaciones para los Estados, se encuentran hoy superada.

Los derechos económicos, sociales y culturales se consideraron programáticos, en consecuencia no se alcanzarían en forma automática y tendrían desarrollo progresivo. Mientras que los derechos civiles y políticos serían operativos, es decir de cumplimiento inmediato.

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 se materializó el principio de “indivisibilidad e interdependencia” de los derechos humanos que ya había sido sistematizado en las Pautas de Maastricht (1997), que a su vez tenían origen en los Principios de Limburgo (1987).

Hoy se afirma que todos los derechos constituyen un plexo único, aún cuando algunos tienen mecanismos de exigibilidad muy desarrollados y otros no, por lo que para obtener la justiciabilidad de los mismos es necesario interpretar extensiva y creativamente los mecanismos existentes.

UN CASO PARADIGMÁTICO: LA PROHIBICIÓN DE FUMAR

Para analizar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, nos parece adecuado partir de un caso paradigmático y a partir de allí analizar las posibles acciones o mecanismos de que disponen los lesionados en sus derechos cuando no se respeta la prohibición de fumar.

En efecto el humo del cigarrillo, llamado de segunda mano y conocido como humo ambiental de tabaco, es la emanación expelida por los fumadores produciendo efectos nocivos en todos los seres humanos. Todo el que aspira éste se considera fumador involuntario o pasivo.

Se encuentran en él 4.800 agentes químicos. Las sustancias más estudiadas por sus efectos negativos en el organismo son el monóxido de carbono, el alquitrán y el ácido cianúrico.

El humo del cigarrillo afecta a los distintos sistemas del organismo humano. En el sistema respiratorio produce EPOC (enfermedad pulmonar obstructiva crónica). En el sistema cardiovascular provoca arritmia, taquicardia, trombosis e infarto miocárdico. En el sistema nervioso produce insomnio, cefaleas e inhibe la producción de serotonina.

El humo del cigarrillo no sólo afecta seriamente nuestra salud sino que contamina los ambientes, impidiéndonos de poder gozar de dos derechos extremadamente esenciales para poder vivir, tales como el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y de un medio ambiente libre de contaminación.

El humo del tabaco es, sin ninguna duda, el más importante contaminante de ambientes cerrados y sobre todo si tenemos en cuenta que la mayoría de los seres humanos pasamos la mayor parte de nuestro tiempo en ambientes cerrados (hogar, trabajo). Por lo que resulta preocupante pensar que agentes químicos productores de enfermedad se encuentran contaminando los ambientes en los cuales transcurre nuestra vida. Sin embargo, ello ocurre cada vez que alguien enciende un cigarrillo en dichos ambientes.

El fumar pasivamente es un factor de riesgo mayor de enfermedad y muerte, siendo la tercera causa, prevenible de muerte, después de fumar activamente y del alcoholismo.

Se debe tener en cuenta que el derecho a respirar un aire limpio, sin tóxicos, es más importante que el derecho a fumar.

El tabaco mata en todos los países y probablemente cada uno de nosotros conoce a alguien que haya fallecido a consecuencia de alguna enfermedad vinculada con el tabaco.

Un reciente informe realizado por la Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer advirtió que durante el siglo veinte unas 100 millones de personas murieron por enfermedades asociadas al tabaco. El informe revela que la mitad de los fumadores mueren a causa del tabaquismo, y que el 25% de los fumadores fallece prematuramente durante la mediana edad (35 a 69 años).

DERECHOS CONCULCADOS CUANDO SE VIOLA LA PROHIBICIÓN DE FUMAR

Son numerosos los derechos que pueden resultar afectados cuando se viola la prohibición de fumar, mereciendo especial atención, por encontrarse estrechamente vinculados con la prohibición de fumar, los siguientes: el Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y el Derecho al medio ambiente libre de contaminación.

Derecho a la Salud

El derecho al más alto nivel de salud ha sido interpretado por el Comité Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 14 estableciendo que: “Este derecho abarca una amplia gama de factores socio-económicos como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua potable, a condiciones sanitarias adecuadas, **condiciones de trabajo seguras y sanas, y un medioambiente sano**”

El apartado 15 de la Observación que comentamos, especifica que el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial “entraña la adopción de medidas preventivas ..., que aspiran a reducir al mínimo... los peligros para la salud resultantes del medioambiente laboral... **y disuade el uso indebido del alcohol y el tabaco**”.

A su vez, el párrafo 15 del mismo documento, al referirse a las obligaciones de protección de los Estados, al derecho a la salud, expresa que éstos incurren en violaciones “**al no disuadir la producción, la comercialización y el consumo del tabaco**”.

Derecho al medio ambiente libre de toda contaminación

El derecho al medio ambiente libre de contaminación se encuentra vinculado con el derecho a la dignidad humana. Esta debe entenderse “en sentido de amparar el derecho de las personas a que se respete su salud y su hábitat, no ejerciendo sin su consentimiento menoscabos arbitrarios”, ya que no existe una genérica libertad de dañar el hábitat y la salud de las personas, ... sino el genérico derecho a no recibir tales daños sino en virtud de habilitación legal expresa que así lo establezca, con sustento fáctico razonable y suficiente.¹

LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES

Recordemos que para garantizar a todo ser humano el goce y el disfrute de tales derechos los Estados, como principales responsables de proteger y de garantizar los mismos han asumido en numerosos Tratados y Declaraciones Internacionales ese compromiso y en este sentido así lo expresa la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 la obligación de “... respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y... garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción...” (art. 1°).

“Si estos derechos y libertades no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención las medidas

¹ Derechos Humanos – Gordillo, Agustín y otros. IV – 2 Fundación de derecho administrativo, Bs. As., 1998.

legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. (art. 2).

DISPOSICIONES NORMATIVAS QUE FUNDAMENTAN LA PROHIBICIÓN DE FUMAR

Los fundamentos de la prohibición de fumar surgen de la interrelación de un conjunto de distintas normas que tienen por objetivo la protección de derechos que garantizan a todo ser humano el disfrute del más alto nivel posible de salud y la protección del derecho al medio ambiente libre de contaminación.

CONVENIO MARCO SOBRE EL CONTROL DEL TABACO

En primer lugar merece especial consideración por tratarse de un hito en la historia de la salud pública mundial el Convenio Marco sobre el Control del Tabaco suscrito y aprobado por unanimidad por los 192 miembros de la Organización Mundial de la Salud en la Asamblea General Anual de tal Organismo, reunida en Ginebra el 21 de mayo del corriente año.

En dicha oportunidad, la directora saliente de la Organización Mundial de la Salud, Doctora Gro Harlem Brundtland, señaló: “La adopción de este Convenio contra el tabaco pone de manifiesto la voluntad internacional de encarar directamente una amenaza global a la salud. Hoy estamos actuando para salvar millones de vidas y proteger la salud de los pueblos y las generaciones futuras”

En efecto, el presente Convenio, es el primer acuerdo mundial de salud pública para reducir el consumo de cigarrillos y, requiere la firma y la ratificación parlamentaria de 40 países, entrando en vigor a los noventa días de efectuarse la cuadragésima ratificación. Con la firma del presidente argentino, Néstor Kirchner, realizada en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York, el día 25 de Septiembre del 2003, ya son 44 los Estados adherentes, entre ellos, Brasil, Paraguay, Uruguay, España, Suecia, Inglaterra, Finlandia, Grecia, Hungría, Países Bajos, Israel, Italia y Noruega.

Cabe aclarar que la Argentina es el tercer mayor consumidor de tabaco de América Latina y el Caribe en términos de volumen, después de Brasil y México, aunque hay que señalar que estos dos países tienen poblaciones mucho mayores que la Argentina.

Entre las disposiciones más importantes que incluyen este Convenio merecen destacarse las siguientes:

En su art. 13 se establece una prohibición completa de la propaganda, promoción y patrocinio de tabaco (directas e indirectas) dentro de un plazo de cinco años, a partir de la entrada en vigor del tratado, incluyendo la propaganda transfronteriza hasta lo máximo que las constituciones nacionales lo permitan.

Se encuentran prohibidas en el etiquetado y empaquetado las denominaciones engañosas, tendientes a persuadir a los fumadores de que cierto tipo de cigarrillos son menos dañinos que otros, y especifica que en las cajas de tabaco deberán exponer claramente los perjuicios a la salud que ocasiona fumar. Estas aclaraciones deberán ocupar entre el 30 y el 50 por ciento de las caras visibles del paquete de cigarrillo, debiendo incluirse fotografías de pulmones enfermos.

En su art. 8 se expresa que los no fumadores deben ser protegidos en sus lugares de trabajo, transportes públicos y lugares públicos cerrados y en su artículo 15 se señalan las acciones para eliminar el contrabando del tabaco, tales como el marcado de todos los paquetes de tabaco en tal forma que se divulgue el origen y el destino final o el status legal del producto, así como también la cooperación internacional en los esfuerzos contra el contrabando.

Por otro lado en el mismo Convenio se recomienda aumentar el impuesto al tabaco. Se reconoce que la elevación de precios a través de aumentos de impuestos y de otras formas “Son medios efectivos e importantes para reducir el consumo del tabaco en los variados segmentos de la población en particular entre las personas jóvenes”.

Los países también asumen otros compromisos importantes tales como procurar incluir el abandono de la dependencia del tabaco en sus programas nacionales de salud, prohibir la distribución gratuita de productos de tabaco, promover la participación de las organizaciones no gubernamentales en el desarrollo de los programas nacionales de control del tabaco y se prohibirá la venta de productos de tabaco a personas de una edad menor a la establecida en la legislación nacional, o al menos de 18 años.

Otras disposiciones jurídicas que fundamentan la prohibición de fumar, se encuentran en numerosas normas tanto nacionales y provinciales, entre ellas, la más significativa es el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional que expresa: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden ni a la moral pública, **ni perjudiquen a un tercero**, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

La norma del artículo 19 se refiere a la libertad de las acciones privadas siempre y cuando, no afecten a un tercero. No existe entonces el derecho a fumar en público sino el deber de no hacerlo.

Este principio constitucional se encuentra contemplado en numerosas disposiciones jurídicas a nivel internacional tal como lo expresa el art. 29 inc. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y normas concordantes, “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común” (art. 32, ap. 2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos).

A su vez, se encuentra reafirmado por el artículo 41 de nuestra Constitución que expresa: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano”.

Entre las normas legales nacionales y provinciales que consagran la prohibición de fumar las hay con distintos alcances.

En el orden nacional:

La Ley N° 20248 de Salud Pública habla sobre la protección del ambiente humano y la contaminación ambiental.

La Ley N° 18284 (Código Alimentario Argentino) en el capítulo II . art. 18, inc. 2 determina como norma general de las fábricas y comercios de alimentos la prohibición de fumar en los mismos.

La Ley N° 2873 y Decreto Reglamentario N° 90325 (Reglamento General de Ferrocarriles) impone la provisión de coches y compartimientos para no fumadores.

La Ley N° 23344 de 1986 sobre envase, publicidad, menores de edad y materiales contenidos en el tabaco. Prohíbe la publicidad del tabaco de 8 a 22 horas.

La Ley N° 22285 de Radiodifusión dicen en el art. 1°, inc. j: “Abstenerse de toda intervención o escenificación que signifique la apología del delito o de la violencia, que aliente o contribuya a difundir vicios”.

La ley N° 19857 sobre Seguridad e Higiene en el Trabajo – Decreto Reglamentario 351/99, en capítulo 18, art. 169 dice: “En todos los lugares en que se depositen, acumulen, manipulen, o industrialicen explosivos o materiales combustibles o inflamables, queda terminantemente prohibido fumar, encender o llevar fósforos, encendedores de cigarrillos y otros artefactos que produzcan llama”.

Algunas disposiciones provinciales:

Gobernación de la Ciudad de Buenos Aires dispone:

En la Ordenanza N° 47667 que “Se prohíbe fumar tabaco, dentro de las oficinas o espacios del ámbito municipal en que se atienda al público en general”.

En Ordenanza N° 47668 “Se prohíbe el expendio, provisión y/o venta de cigarrillos, cigarros, tabaco en cualquiera de sus formas, a los menos de 16 años.

En Ordenanza N° 47670 se expresa “todo restaurante, bar, confitería y casa de lunch, tendrá dentro del salón de atención al público un sector para fumadores y otro para no fumadores, prohibiéndose fumar en los espacios comunes de dicho establecimiento”.

La Ordenanza N° 41815/88 “prohíbe fumar en taxis”. La Ordenanza N° 106000/87 prohíbe fumar en el transporte público y la N° 11241 en área de los hospitales y servicios de salud.

Provincia de Córdoba

La legislatura unicameral de la Provincia de Córdoba sancionó el 28 de mayo de 2003 la ley que promueve la creación del programas Provincial Permanente de prevención y Control del Tabaquismo. La nueva norma impide que se vendan cigarrillos a menores de 18 años en toda la provincia de Córdoba y se extiende la prohibición de venta de cigarrillos y otros elementos con tabaco en las reparticiones oficiales de la provincia, incluyendo la Legislatura.

Provincia de Tucumán

La ley N° 6253 – Ley de Medio Ambiente de 1991 en sus artículos 29 y 30 respectivamente se expresa:

Art. 29: “Todo niño o adolescente tiene derecho ha ser protegido contra la contaminación del tabaco y, todo ciudadano tiene derecho a ser informado sobre los riesgos que implica respirar aire contaminado con humo de tabaco, por lo que se implementará una campaña amplia de la Carta Antitabáquica Internacional de la Organización Mundial de la Salud 1989.

Art. 30: Prohibase fumar en todos los establecimientos Públicos de la Provincia.

Por último un argumento jurídico, de diferente naturaleza, es el que afirma que la prohibición que comentamos no afecta ni tradiciones ni costumbres propias de un pueblo, puesto que el hábito de fumar no constituye parte del folclore nacional, como sería el caso de algunos indicios americanos. No se trata, entonces, de una tradición comunitaria que pueda ser invocada en el caso.

POSIBLES ACCIONES DE LOS AFECTADOS

Frente a tal prohibición cabe la siguiente pregunta ¿Qué acciones podría entablar el afectado cuando se viola la prohibición de fumar?

Al responder este interrogante observamos que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales carecen de mecanismos jurídicos propios para asegurar su exigibilidad, en consecuencia, la defensa y promoción son resultado de estrategias jurídicas que deben elaborarse en cada caso y en este sentido cabrían seguir en principio las siguientes acciones o medidas:

En primer lugar, la autoridad administrativa debe adoptar las medidas en el marco de su competencia, que sean necesarias para asegurar la efectividad de estos derechos, tal como lo expresa el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En segundo lugar el lesionado en sus derechos podría interponer en el ámbito judicial el recurso de amparo contemplado en el art. 43 de nuestra Constitución Nacional que expresa:

“Este procedimiento tiene su origen en la necesidad de tutelar de manera efectiva los derechos constitucionales, los derechos humanos y sociales reconocidos en las constituciones y tratados internacionales”.

Se trata de un recurso de índole excepcional y su viabilidad requiere de la existencia de un daño concreto y grave (a la salud) que sólo pueda ser reparado por una acción urgente.

Se trata de una cuestión simple de derecho que no requiere prueba (art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En tercer lugar el lesionado puede interponer el recurso extraordinario.

En cuarto lugar puede recurrir la vía supranacional.

Todas estas medidas se pueden adoptar sin perjuicio del derecho que le asiste al lesionado de interponer las acciones civiles correspondientes por daño.

CONCLUSIÓN

No cabe duda, como ha quedado expuesto, que en la actualidad, existe un amplio abanico de disposiciones normativas tanto a nivel internacional como a nivel de los Estados que tienen por objetivo fundamental amparar los derechos económicos, sociales y culturales.

Tampoco cabe duda, que el derecho a fumar que tiene todo individuo, se encuentra profundamente limitado por tales disposiciones legales, para proteger y garantizar un sin número de derechos extremadamente más importante que tiene todo ser humano derecho a gozar.

Por lo tanto, hasta que el país ratifique el Pacto del Salvador, valiéndonos del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y, del análisis de las vinculaciones entre los distintos derechos, de las interpretaciones jurisprudenciales y las de los organismos de supervisión, podemos ayudarnos a encontrar las vías de acciones adecuadas que conduzcan a obtener la justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales.

Los casos “Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional- Ministerio de Salud y Acción Social- s/ amparo ley 16.986”, entre muchos otros, son ejemplos de la labor jurídica creativa que es menester desarrollar.

BIBLIOGRAFÍA

- _ ABRAMOVICH, V. 2000. Estrategias de litigio en derechos Económicos, Sociales y Culturales. Inédito, Buenos Aires, 2000.
- _ ABRAMOVICH, V. y Ch. Courtis. 2000. Los Derechos Sociales como derechos exigibles. Revista Hechos y Derechos N° 7, Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, otoño 2000.
- _ CONÇADO TRINIDADE, A. 1998. La justiciabilidad de los DESC en el plano internacional. Revista Lecciones y Ensayos, Universidad de Buenos Aires.
- _ CHAPMAN, A. R. 1995. Nuevo enfoque para supervisar la aplicación del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comisión Internacional de Juristas, La Revista N 55, Bogotá, diciembre.
- _ GORDILLO, Agustín y otros “Derechos Humanos - Fundación de Derecho Administrativo. 4ª ed., Bs. AS., 1999.
- _ REED HURTADO, M. J. 1996. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Internacional de Juristas, Seminario sobre DESC, Bogotá.
- _ ROSSI, J. 1999. Los DESC ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Taller Internacional para la elaboración de un CV y de materiales de capacitación sobre el activismo en pro de DESC. Tailandia, marzo de 1999.
- _ TRAVIESO, Juan Antonio. “Derechos Humanos y Derecho Internacional”. Editorial Heliasta – 2º ed., 1996.
- _ Tratados Y Documentos Internacionales. Ed. Zavalía.