

**JUZGADO LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA 27° TURNO**

**SENTENCIA** N° 150

Montevideo, 19 de octubre de 2022

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "SOCIEDAD URUGUAYA DE TABACOLOGIA C/ ESTADO PODER EJECUTIVO - AMPARO" IUE: 2-54452/2022.

**RESULTANDO:**

I) Con fecha 11 de octubre de 2022, Adriana Rodríguez García en su calidad de Presidenta y Sandra Luz Peña Miraldo en su calidad de Secretaria General, actuando en nombre y representación de la SOCIEDAD URUGUAYA DE TABACOLOGIA-SUT promovieron acción de amparo contra el Estado -Poder Ejecutivo.

Expresaron, en síntesis, que el tabaquismo es una epidemia global según lo ha definido la propia OMS. Es innegable la grave afectación a la salud de los NNyA, inclusive desde la etapa de la gestación.

Es así que en el año 2003 la comunidad internacional ha consensuado el principal instrumento de protección a la salud y lucha contra la epidemia del tabaquismo, a través del Convenio Marco, ratificado por Uruguay por ley 17.793, así como el Protocolo para la Eliminación del Comercio ilícito de Productos de Tabaco por ley 19.259.

A su vez, se encuentran directrices para la implementación del Convenio Marco, que se desarrollan a través de un amplio proceso intergubernamental de consultas establecido por el órgano rector del Convenio, la Conferencia de las partes (COP).

La legislación uruguaya, armonizada con las disposiciones del Convenio Marco, establece como eje de la protección a la salud, la prohibición total de la publicidad, promoción y patrocinio de los productos de tabaco y el empaquetado o etiquetado de diseño neutro o genérico. No obstante, la reciente modificación a la reglamentación de la ley introducida por el Decreto 282/2022, contraviene flagrantemente legislación de Orden Público.

La academia y comunidad científica del Uruguay ha manifestado de forma unánime preocupación por el retroceso de la política sanitaria y su inminente impacto en la salud de la población, particularmente la más vulnerable: NNyA.

Esto motivó que la compareciente presentara recurso administrativo contra el Decreto 282/2022, a los efectos de que dicha norma sea revisada por la propia Administración.

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, al medio ambiente libre de humo de tabaco y a la protección especial de NNyA por parte del Estado respecto al estímulo al consumo del tabaco, se encuentran consagrados en normas del más elevado rango

jurídico (Art. 44 de la Constitución Nacional, art. 1 de la ley 18.256, art. 8 de la ley 17.828, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre DDHH, art. 24 de la CDN). La protección al medio ambiente tiene arraigo constitucional (art. 47 de la Constitución) y Convencional (art. 11 del Protocolo de San Salvador) y con carácter específico en el art. 1 de la ley 18.256.

La especial vulneración de los NNyA frente al consumo y exposición al humo del tabaco, ha sido recogida en el art. 15 CNA.

En orden a la obligación legal, se han adoptado medidas mediante la prohibición total de la publicidad, promoción y patrocinio de los productos de tabaco y del empaquetado o etiquetado de diseño neutro o genérico. La ley 18.256 establece que dichas medidas son de Orden Público.

En cuanto a la legitimación activa se funda en el art. 42 del CGP que establece la posibilidad de promover la acción en defensa de intereses difusos (art. 196 del CNA). Por otra parte, el art. 195 del CNA establece una legitimación activa amplia, que otorga la posibilidad de que la acción sea promovida por el Ministerio Público, cualquier interesado y por organizaciones sociales. De acuerdo con lo que surge del art. 2 de los estatutos de la SUT, la accionante tiene un cometido amplio que refiere a toda la elaboración, seguimiento y vigilancia de las políticas de control de tabaco en consonancia con lo establecido en el Convenio Marco. Señala que el art. 4.7 del Convenio indica que la participación de la sociedad civil es esencial para conseguir el objetivo del Convenio y sus protocolos". El art. 3 del Convenio Marco incluye dentro de los objetivos del Convenio el de proteger a las generaciones presentes y futuras de las devastadoras consecuencias del tabaquismo.

Agrega que la SUT ha sido designada miembro de la Comisión Asesora de Centro de Cooperación Internacional en Materia de Control de Tabaco y miembro de la Comisión Interinstitucional Asesora para el Control de Tabaco, según orden del Ministerio de Salud Pública No. 254 del año 2015.

En relación a la legitimación pasiva, sostuvo que el Poder Ejecutivo ha promulgado el Decreto 282/2022 por el que se introducen cambios en el régimen legal de empaquetado neutro, lo que implica un retroceso de la política sanitaria y su inminente impacto en la salud de los más vulnerables NNyA.

En cuanto a la competencia, la acción se enmarca en la protección de los derechos de infancia y adolescencia, quedando bajo la jurisdicción de los Juzgados Letrados de Familia.

Sostiene que la demanda fue presentada en plazo, teniendo en cuenta que el decreto fue publicado el 9 de septiembre de 2022. Asimismo, manifiesta que el Poder Ejecutivo viola derechos de NNyA, en tanto omite reglamentar aspectos que una ley de Orden Público mandata a hacer.

La ilegitimidad manifiesta se constata del accionar del estado en claro incumplimiento de las obligaciones en relación a los DDHH

de la infancia y la adolescencia, además de constituir un claro desconocimiento del imperativo del interés superior del niño y un caso evidente de regresividad, claramente ilegítima.

El decreto 282/022:

1. Elimina la prohibición en el uso de cualquier otro material diferente al cartón para los paquetes de cigarrillos.
2. Elimina la previsión acerca de las características con las cuales debía cumplir el interior de la cajilla.
3. Elimina la prohibición de incluir cualquier otro elemento en las cajillas.
4. Permite incorporar elementos distintivos en el cigarrillo y en el interior de la cajilla, incluso incorporar la marca de cigarrillo.
5. Deja a la libre discrecionalidad de los fabricantes la determinación del empaquetado en su interior.
6. Contraviene la normativa en tanto que los elementos de identificación deben establecerse en "... paquetes y envases y cualquier embalaje externo de los cigarrillos ..."
7. Contraviene la norma que determina la forma en que deben realizarse dichas identificaciones: a través de las "... marcas de identificación únicas, seguras e indelebles como códigos o estampillas ..."

Dicho Decreto es violatorio de los arts. 7 y 8 de la ley 18.256, que establecen toda forma de publicidad.

Además, incorpora la posibilidad de introducir elementos distintivos de marca.

El concepto de publicidad está regulado en el Convenio Marco en su art. 1.

Se infringe además lo dispuesto por el art. 8 en la redacción dada por la ley 19.723, en cuanto regula el empaquetado, etiquetado y diseño neutro o genérico de los productos de tabaco, así como la uniformidad de los envases de cada tipo de producto. El Poder Ejecutivo incurre en una omisión ilegítima, por cuanto contraviene la obligación de reglamentar consagrada en una ley de orden público.

La ley no deja margen de discrecionalidad alguna al Poder Ejecutivo, sino que lo mandata a determinar ciertos aspectos que hacen a que el empaquetado sea neutro, genérico, uniforme. A partir de las modificaciones introducidas por el decreto referido, el empaquetado solo mantendrá: las dimensiones del paquete (art. 7); el color del celofán (art. 8) y el color y material del filtro del cigarrillo (art. 9), por lo que se cuestionan: ¿En qué medida esto puede considerarse empaquetado neutro? Esto rompe con la estandarización del empaquetado neutro, que busca evitar la oportunidad de diferenciación que atrae a los consumidores.

Las normas que contraria este nuevo Decreto han sido establecidas como una garantía de protección de los derechos humanos de NNyA. Existe evidencia de que las empresas tabacaleras utilizan el empaque como publicidad y cómo en un mercado homogéneo, cualquier oportunidad de diferenciación, es utilizada para promover el producto.

La exposición de los jóvenes a la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, aumenta el riesgo de iniciación en el tabaquismo y el uso continuo entre los consumidores de tabaco. El decreto 282/022 es violatorio, además, del Protocolo para la eliminación del Comercio ilícito del Tabaco, en particular, del art. 8.

Según dicho Protocolo y la Ley en materia de trazabilidad, la identificación del producto debe ser estándar y en el embalaje externo. En cambio, el Decreto deja al arbitrio de la industria tabacalera la definición del método de trazabilidad y lo prevé en el interior de la caja y en el propio cigarrillo.

Es el Estado es quien debe definir las condiciones de trazabilidad. La proliferación de distintos sistemas de trazabilidad creados e implementados por la propia industria, no permiten al Estado realizar dicho monitoreo.

Agrega que la motivación del Decreto es manifiestamente ilegítima y que la reglamentación obedece a razones comerciales y no se hicieron consultas previas a la academia, comunidad científica y otros organismos especializados en la temática, que la propia Administración, ha creado para ser asesorado en la materia, como por ejemplo la Comisión Interinstitucional Asesora del Control de Tabaco.

Dicha motivación es ilegítima y contraviene lo dispuesto en el art. 5.3 del Convenio Marco, que establece que las Partes deben proteger sus políticas de control de tabaco contra los intereses de la industria tabacalera.

El accionar del Poder Ejecutivo contraviene el principio de no regresividad, incluido en el art. 2.1 del PIDESC y que prohíbe adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a la salud. Este principio debe entenderse como un límite ante las decisiones de los órganos de gobierno y a su vez, una garantía a favor del individuo.

Con respecto al daño actual o inminente, expresa que existe evidencia científica contundente que señala el alto impacto del marketing en NNYA y las gravísimas implicancias del inicio temprano del consumo del tabaco, tal como informa la Comisión Interinstitucional Asesora para el control del tabaco, de fecha 8 de setiembre de 2022.

Lo que se constata en las más recientes estadísticas llevadas por la Junta Nacional de Drogas, de las que se desprende que la prevalencia de consumo en jóvenes entre 13 y 17 años, ha disminuido desde un 30,2% en el año 2003 a 9% en el año 2021. Ofreció prueba, fundó su derecho y solicitó se falle reconociendo que la implementación del Decreto 282/022 en los términos actuales, resulta violatoria y regresiva en la protección de derechos fundamentales de NNYA y que se condene al Poder Ejecutivo a reglamentar la Ley 18.256 en línea con lo dispuesto por el Decreto 120/019. En su defecto, se ordene la inmediata suspensión de la ejecución del acto administrativo hasta tanto el TCA dicte sentencia.

II) Por providencia No. 4155/2022 de fecha 11 de octubre de 2022 se convocó a las partes a audiencia celebrada el día 14 de octubre a las 13.00 hs.

III) La audiencia se llevó a cabo con los resultados que surgen de fs. 99 y ss., habiendo comparecido la parte actora, debidamente asistida y el representante del Estado, Poder Ejecutivo.

IV) En dicha oportunidad éste último contestó la demanda por escrito presentado en audiencia. Entendió que con fundamento en los arts. de la ley 16.011 que regula el procedimiento excepcional de la acción de amparo y con apoyo de la jurisprudencia que transcribe, a la luz de las pretensiones deducidas por la contraparte, entiende las mismas deben ser desestimadas, porque la acción que dedujo es absoluta y manifiestamente improponible.

Opuso excepción de incompetencia y expresó que la Sede es incompetente para conocer y fallar respecto a las pretensiones deducidas, en tanto las normas que supuestamente causan los perjuicios alegados, refieren a cuestiones de mercado, con el objetivo de controlar al comercio ilícito de productos derivados del tabaco. Dichas normas no han modificado la prohibición de venta a menores, la cual se mantiene en todos sus términos. Estando la venta de los productos alcanzados por la norma, prohibida para NNyA, es claro que los juzgados de familia no tienen competencia alguna para dilucidar las pretensiones de la actora.

Opuso excepción de falta de legitimación activa. Entendió que la actora carece de legitimación activa en tanto sus estatutos no establecen competencia expresa para iniciar acciones legales, o pretender reglamentar normas en el interés de NNyA. Las personas jurídicas únicamente pueden realizar lo que es objeto de sus estatutos, por lo que ante la carencia expresa de tales mandatos, resulta evidente que la actora no puede deducir las pretensiones de autos.

Además, es absurdo que pretenda poseer legitimación en defensa de los intereses de NNyA y peticione que se reglamente la ley 18.256 que establece medidas tendientes al control del tabaco y en subsidio peticione que se suspenda la aplicación del Decreto No. 282/022, siendo que el tabaco ni siquiera se vende a los jóvenes, por estar prohibida su venta a menores de 18 años por el Decreto 284/008. Por lo que su pretensión tiene por objeto actividades ilícitas, ilegales y antirreglamentarias, de actores inescrupulosos que venden cigarrillos a menores y que lo han hecho bajo el imperio de la Ley 18.256 y Decreto 120/019.

Alegó asimismo la improponibilidad manifiesta de la acción de amparo deducida. La pretensión de que se condene a su mandante a reglamentar la ley 18.256 no es susceptible de ser objeto de una acción de amparo.

Ello porque la reglamentación de la ley es una facultad concedida al Poder Ejecutivo por el art. 168 num. 4 de la Constitución y no

puede resultar un mandato del Poder Judicial. Para reclamar que se reglamente la ley 18.256, debió la actora hacer uso de su derecho de petición (art. 30 Const.), en este caso ante el Poder Ejecutivo, pero no promoverlo a través de un procedimiento con límites tan acotados como el que nos ocupa.

Tampoco es la vía hábil para solicitar la reglamentación de una ley.

La reglamentación del decreto en la línea del Decreto No. 120/019, ya está en trámite y a estudio por el medio idóneo, a saber, el del recurso administrativo interpuesto por la aquí actora.

Agrega que lo que llamativamente no hizo la promotora es, en oportunidad de impugnar el Decreto citado, solicitar la suspensión provisoria del acto como la faculta el art. 150 del Decreto 500/991.

El examen de la supuesta "omisión de reglamentar en el sentido determinado" invocada por la actora, dista mucho de ser evidente y será sustanciada en el ámbito de la Administración en oportunidad de pronunciarse sobre la impugnación planteada y será zanjada por el TCA, como lo adelantó la actora en su escrito.

Invoca asimismo la existencia de medios alternativos a la pretensión de amparo deducida, refiriéndose a los requisitos establecidos por el art. 2 de la ley 16.011. En la especie, la actora interpuso recurso de revocación contra el Decreto 282/022, en escrito que presentó el 19/9/022, lo que dio mérito a la formación del expediente 2022-2-1-0001258. En dicho recurso, no solicitó la suspensión de la ejecución del Decreto que recurrió, tal como la faculta el art. 150 del Decreto 500/991.

En definitiva entiende que la actora tenía medios alternativos para pretender, no solo que se revocara el Decreto 282/022, sino, además, que se suspendiera la ejecución. Y lo mismo cabe señalar respecto de la pretensión principal que dedujo, en cuanto el ordenamiento constitucional faculta el derecho de petición (art. 30 de la Constitución) ante cualquier organismo público, por lo que, en ejercicio de dicho derecho, pudo perfectamente solicitar a su mandante que reglamentara la ley 18.256 en la forma que ella considera que debe reglamentarse y no lo hizo.

Por otra parte, no se verificó por parte del Poder Ejecutivo acto, omisión o hecho alguno que lesione, restrinja, altere o amenace con ilegitimidad manifiesta y en forma actual o inminente (ni de alguna otra manera) derechos y libertades reconocidos por la constitución a NNyA.

Considera que el acto cuestionado no deja de estar apegado a los instrumentos internacionales que la propia actora menciona como así también a la normativa nacional en la materia, teniendo como fin superior la defensa de la salud de todos los individuos del territorio nacional.

Entiende que erra la actora al sostener que el Decreto es contrario al artículo 8 de la ley 18.256, cuando el propio artículo establece en su inciso tercero que la reglamentación determinará la forma, color, material, tamaño y diseño de todos los envases y envoltorios de productos de tabaco en su exterior e

interior. La propia norma le asignó al Poder Ejecutivo la potestad de decidir sobre determinados aspectos del empaquetado y etiquetado de los productos del tabaco. Las características que se modifican son los que la propia norma admite que sean modificados por un Decreto posterior.

Por otra parte, incurre la actora en una falsa oposición al interpretar que al reglamentarse un tema de mercado comercial, necesariamente se vulneran cuestiones relativas a políticas de salud.

El propio Protocolo para la Eliminación del Comercio Ilícito de Productos de Tabaco, internalizado en nuestro derecho por la ley No. 19.259 de 28 de agosto de 2014, en su art. 1 define como comercio ilícito a "... toda práctica o conducta prohibida por la ley, relativa a la producción, envío, recepción, posesión, distribución, venta o compra, incluida toda práctica o conducta destinada a facilitar esa actividad". No cabe duda que el contrabando ingresa dentro de la definición señalada. Y de acuerdo a la información difundida en prensa, la compra de cigarrillos en el mercado ilegal en Uruguay, representa un 36% del total de la comercialización.

Concluye que no hay una contradicción o pugna entre dos derechos o centros de interés como pueden ser la salud y el comercio. Por el contrario, existe un derecho a la salud protegido por normas específicas en la materia y, por otra parte, se reglamentó sobre un tema de mercado (combatiendo el mercado ilegal, esto es: el contrabando y la falsificación), lo cual no conlleva ninguna contradicción, ya que presenta nuevas defensas para el derecho a la salud consagrado.

El Decreto 282/022 claramente se orienta a reforzar los aspectos concernientes a la trazabilidad de los productos del tabaco.

Las modificaciones introducidas no hacen cuestión a la publicidad, no se referencia en el acto que las mismas por si sean elementos que induzcan a los individuos a sentirse atraídos por el producto cigarrillo.

Nada tiene que ver esta modificación a la reglamentación anti tabaco, con disminuir las medidas puestas en práctica para desalentar su consumo. Lo que se pretende es la defensa de la salud de los habitantes del Uruguay a través de la lucha contra la falsificación y contrabando de los productos de tabaco.

En definitiva, sostiene que el Decreto 282/022 no lesiona, restringe, altera o amenaza con ilegitimidad manifiesta y en forma actual o inminente, derechos y libertades reconocidos por la constitución a NNyA.

Todo lo contrario, se pretende atemperar los devastadores impactos nocivos que en la salud (y en lo social y económico) de la población en su conjunto (no solo NNyA) provoca la falsificación y el contrabando de productos de tabaco.

Por lo que, en definitiva, solicita se rechace la acción de amparo promovida.

V) La parte actora evacuó el traslado de las excepciones en audiencia (fs. 100). Sostuvo que debe rechazarse la excepción de

falta de competencia de la Sede por cuanto en autos asistimos a un caso de vulneración de derechos constitucionales de NNyA, muy por el contrario a lo que considera el demandado en este expediente, no se ventilan cuestiones atinentes al mercado ni intereses comerciales, por consiguiente la justicia de familia resulta legalmente competente acorde a lo establecido por los arts. 195 y 196 del CNA. En relación a la falta de legitimación activa se remite a los arts. referidos que establecen que el Ministerio Público, cualquier interesado u organización social podrá comparecer en representación de intereses difusos.

VI) Se cumplió con las etapas legalmente previstas, se diligenció la prueba, se alegó de bien probado y se convocó a audiencia de lectura de sentencia para el día 19 de octubre del corriente, a las 13.00 hs.

**CONSIDERANDO:**

I) La Presidenta y Secretaria de la Sociedad Uruguaya de Tabacología (SUT) promovieron acción de amparo contra el Estado, Poder Ejecutivo en mérito a las modificaciones que introdujo el Decreto 282/022 que entienden vulnera los derechos de los NNyA que se encuentran reconocidos en Tratados Internacionales ratificados por nuestro país.

Agregan que presentaron recurso administrativo contra el referido Decreto, a efectos de que dicha norma sea revisada por la propia Administración.

Por su parte, el representante del Estado, Poder Ejecutivo, opuso excepción de incompetencia de la Sede, de falta de legitimación activa de la parte actora, contestó la demanda oponiéndose a los argumentos contenidos en la demanda y solicitó se desestime la misma.

II) El caso planteado deberá ser analizado a la luz de lo dispuesto por el art. 195 del CNA, que establece una acción especial de amparo, para la protección de los derechos de los niños y los adolescentes. Asimismo se preceptúa que procederá en todos los casos, excepto que exista proceso jurisdiccional pendiente, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces. Esta acción deberá ser promovida dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión contra el que se recurre. Y con relación a la competencia, la misma es asignada a los Jueces Letrados de Familia.

Como sostuvo el Dr. Gustavo Mirabal Bentos: Como sostuvo el Dr. Gustavo Mirabal Bentos: "La amplitud dada al acceso a la acción de amparo es mayor que la del régimen común, de momento que - por una parte- procede, genérica e irrestrictamente, para la protección de los derechos de los niños y adolescentes, a diferencia de la ley 16011 que previene que la acción corresponde en aquellos casos en que se lesionen, restringen, alteran o amenazan cualquiera de los derechos y libertades reconocidos

expresa o tácitamente por la Constitución de la República. En otro sentido, se establece una presunción relativa de que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces. Con una intención claramente amplificadora del recurso ... Con estas características, la acción de amparo en materia de Familia, deja de ser el recurso excepcionalísimo previsto por la ley 16.011." (Autor cit. "Código de la Niñez y la Adolescencia ..." pág. 571, 3a. edición, Editorial La Ley, 2021).

Por otra parte no debe olvidarse la especialidad de la materia de protección de los derechos de NNyA, que implica la aplicación de los principios generales que la rigen, así como los criterios de interpretación y aplicación de las normas, contenidos en los artículos 1 a 7 del CNA y que conforman la llamada Doctrina de la Protección Integral de los derechos de los NNyA, que sigue los lineamientos de la Convención de los Derechos de Niño. El amparo es un instituto que garantiza ya sea los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales.

Domina en esta materia el principio pro homine, el cual consagra que se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva si se trata de reconocer derechos protegidos, siendo esta vía prevista para niños y adolescentes, para garantizarles esos derechos.

Como entendió la Dra. Clara Leite Alvez: "Sólo puede concebirse un ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, por ello se debe privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y por lo tanto adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano" (Acción de amparo como mecanismo de protección genérico de los derechos de las personas menores de edad" Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia". Unicef, 2012 pág. 119).

El Dr. Martín Risso Ferrand, por su parte, señala: "La incuestionable solución de principio, en materia de derechos humanos, es que pueden ser invocados directamente por los habitantes que podrán reclamar la tutela jurisdiccional correspondiente. El desarrollo de los derechos fundamentales condujo a la necesidad de establecer institutos (garantías) que permitieran asegurar su real efectividad en la práctica. El Estado no asume entonces un rol pasivo frente a esta problemática sino que deberá actuar teniendo por especial objetivo la búsqueda y obtención de la efectiva protección de todos los habitantes en el goce de los derechos constitucionales. En este sentido el artículo 7 de la Constitución, cuando consagra el derecho de los habitantes a ser protegidos en el goce de los derechos preexistentes, ya sienta el principio de protección, en la medida que los habitantes pueden exigir del Estado la protección correspondiente y, obviamente, esto deberá asegurar a los habitantes contra cualquier circunstancia que impida u obstaculice el pleno goce de dichos derechos." (Autor cit. "La

Acción de Amparo" RUDP Procesos Constitucionales, FCU, 1ª Ed. 2018, pág. 117).

Al analizar específicamente el Amparo en el derecho de Familia las Dras. Klett y Baluga sostuvieron que: "Dentro del complejo y vasto mundo de las garantías de los derechos humanos se encuentra el amparo, el habeas corpus y, más modernamente el habeas data. Sin ellos, estos derechos humanos serían ilusorias declaraciones platónicas, en la medida en que prestan protección en el momento más dramático, aquel en el que por ser inmediata la agresión, que puede causar daño irreparable, no es posible esperar el lento suceder de los procedimientos corrientes de prevención." (Aut. cit: "RUDP Procesos de Familia" FCU, 1ª Ed. 2014, pág. 341).  
Análisis de la competencia de la Sede.

La parte demandada opuso la excepción de falta de competencia de la Sede de Familia por entender que las normas invocadas por la promotora refieren a cuestiones de mercado con el objetivo de controlar el comercio ilícito de productos derivados del tabaco. Asimismo, alegó que el tabaco no se vende a menores de 18 años por estar prohibida la venta por Decreto 284/008, por lo que excluidos del consumo los menores de 18 años, no resulta competente la Sede de Familia.

A estos argumentos corresponde efectuar tres precisiones: en primer lugar, el amparo promovido no se ha fundado en cuestiones de mercado de productos derivados del tabaco, sino en la vulneración al derecho a la Salud de NNyA.

Por otro lado, si bien es cierto que se encuentra vigente el art. 11 de la ley 18.256 que prohíbe la venta de productos de tabaco a menores de 18 años de edad, el amparo promovido por la SUT no refiere a la venta sino a los efectos que pueden provocar las modificaciones introducidas por el Decreto 282/022 en el consumo de los niños y adolescentes.

Como surge de la encuesta nacional sobre consumo de Drogas en estudiantes de enseñanza media (entre 13 y 17 años) realizada por la Junta Nacional de Drogas en 2021 y que luce agregada a fs. 22, el 15,3% de los jóvenes consume tabaco. Los testigos también fueron contestes en el alto porcentaje de NNyA que consumen tabaco, no obstante la prohibición de venta a menores de 18 años que se encuentra vigente. Y destacaron de especial importancia el hecho que el porcentaje de fumadores adultos que comenzaron a consumir tabaco antes de los 18 años de edad, oscila entre el 70% y 80 % (fs. 109 y 119).

En tercer lugar, es de destacar la afectación en la salud de niños y jóvenes que se desarrollan en ambientes con fumadores adultos. Esto genera daños en su salud por ser fumadores pasivos, y por estar expuestos a lo que los expertos denominan "humo de segunda mano".

Por lo que contrariamente a lo sostenido por el excepcionante, la Competencia del Juzgado Letrado de Familia surge claramente del citado artículo 195 del CNA, no existiendo dudas al respecto, por tratarse de un amparo que pretende proteger especialmente los derechos de los niños y adolescentes; derecho a la salud, a la protección del medio ambiente libre de humo de tabaco y a la

protección especial del estímulo al consumo del tabaco, como claramente se ha plasmado en la demanda, no habiéndose invocado argumento de tipo comercial alguno.

Como se ha expresado acertadamente: "La competencia privativa para las acciones de amparo que tengan por objeto la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes está asignada a los jueces Letrados de Familia. Respecto a este punto, Klett y Baluga expresaron que: "Se ha sostenido que lo que el legislador pretendió fue atribuir a los juzgados de Familia todos los casos en los cuales se tramita un amparo especial, esto es, en los cuales se invoca una lesión a los derechos de los niños y adolescentes. Esta solución se aplica independientemente de quién sea el demandado...porque lo que se prioriza es la especialidad del objeto de tutela y de los sujetos de protección, es decir, que se alegue la lesión o amenaza de lesión de los derechos fundamentales de niños y adolescentes" ("Código de la Niñez y la Adolescencia Comentado, Anotado y Concordado", Mirabal Bentos, Gustavo, 3<sup>a</sup>. Ed, La Ley, 2021, pág. 573).

Análisis de la legitimación activa.

Con respecto a la legitimación activa, es claro el art. 195 CNA al prescribir que podrá ser deducida la acción por "cualquier interesado o las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley, o a juicio del Tribunal, garanticen una adecuada defensa de los derechos comprometidos". Asimismo deberá tenerse presente lo establecido por el art. 196 CNA en cuanto regula: "(Intereses difusos). Ampliase a la defensa de los derechos de los niños y adolescentes las previsiones del art. 42 del Código General del Proceso."

La norma es clara y confiere legitimación activa a cualquier interesado, estableciendo una amplia protección de los derechos, al darle la posibilidad a varios legitimados, sea que se trate de acciones individuales, colectivas o que pretendan proteger derechos difusos. Pero además, delega en el Tribunal la evaluación de las instituciones o asociaciones que garanticen la adecuada defensa de los Derechos de NNyA. De esta forma se entiende que en el caso, la actora, Sociedad Uruguaya de Tabacología (SUT) cumple con el requisito exigido. Esto es, tal como se desprende de su estatuto, surge de su objeto social que tiene como fines reunir especialistas en control de tabaco de todo el país, promover su capacitación, trabajar en el amplio campo de las actividades de control de tabaco, impulsar medidas dirigidas a reducir de manera continua la prevalencia del consumo de tabaco y a la exposición al humo de tabaco de segunda mano.

Asimismo, la SUT también integra: a) la Comisión Interinstitucional Asesora para el control de Tabaco y que funciona en la órbita de la Dirección General de Salud (fs. 3); b) el Centro de Cooperación Internacional en materia de control de Tabaco, como una asesoría para la cooperación dependiente directamente del MSP (fs. 5 a 9); c) Alianza ENT (fs. 12) De lo que se concluye que posee los conocimientos técnicos y científicos necesarios para ejercer la defensa de los derechos de los NNyA requerida por la norma.

En relación a las instituciones o asociaciones de interés social expresó Viera: "por el carácter colectivo, de masas, de los intereses difusos, es que se han formado para su defensa agrupaciones de toda clase, según el interés que se quiere tutelar ... Asociaciones de defensa de la paz, de derechos humanos, del medio ambiente, del equilibrio ecológico, de la protección de monumentos históricos o de los consumidores. Su importancia es tan considerable que se puede afirmar, sin riesgo de equivocarse, que ellos son en gran parte responsables, como presiones de una opinión pública, espontáneamente organizada, de ese fervor que en todas partes del mundo civilizado se advierte para la protección de los derechos humanos. Y ellas influyen, sin duda alguna, para la adopción de normas tutelares de tales derechos y de su aplicación práctica.

Se trata de una manifestación de efectiva democracia participativa, nacida, muchas veces, fuera de todo impulso oficial, por la sola iniciativa de sus fundadores. El Derecho no ha ignorado este fenómeno tan singular de nuestra conflictuada época. Por el contrario, procura utilizarlo como uno de los medios más importantes (para mí el mejor) para la tutela de los intereses difusos. El art. 42 in fine del nuevo CGP así lo demuestra." Y más adelante agrega "en su propósito de facilitar el acceso a la Justicia de los cuerpos intermedios para la tutela de los intereses difusos, el Código no se ha preocupado de si tienen o no tienen personería jurídica" ("Los intereses difusos y la garantía del amparo" Vas. Jornadas Nacionales de Derecho procesal, 1989, p. 205).

Sobre el punto, Vescovi entendió: "Con relación a las sociedades o asociaciones también la concepción es muy amplia dado que siguiendo a la ley Royer francesa, admite la de todas las que garanticen la adecuada defensa según la legislación, en cada caso. Pero se agrega también a juicio del tribunal, lo que permite admitir pretensiones deducidas por asociaciones que no hayan sido reconocidas por órganos estatales (es decir que carezcan de personería jurídica, por ejemplo) bastando que el juzgado las considere habilitadas (legitimadas). ("La participación de la Sociedad Civil en el Proceso. La Defensa del Interés Colectivo y difuso. Las nuevas formas de legitimación" RUDP 1/2000, pág. 25).

Por su parte Santiago Pereira Campos al referirse a las instituciones o asociaciones de interés social sostuvo: "La iniciativa de prestigiar la actuación de las instituciones o asociaciones cobra una significación muy importante desde el punto de vista político-social, fundamentalmente en un contexto de revivificación y desarrollo de los mecanismos democráticos. Como señala Barbosa Moreira, no existe ni puede existir democracia estable sin la presencia de grupos sociales fuertes y activos, que llenen el hiato entre el individuo y el Estado ... Estos grupos intermedios, en materia de intereses difusos, son ahora llamados a dar una voz fuerte al hombre común para la expresión de sus inquietudes y aspiraciones, para defender sus derechos y advertir sobre los peligros existentes. Sin tal

conducto, los hombres comunes no lograrían probablemente hacerse oír con suficiente intensidad." ("Los procesos colectivos en Uruguay", pág. 779.)

Caducidad de la acción.

Se entiende que no ha operado la caducidad del accionamiento, en tanto, el decreto 282/022 fue aprobado el día 2 de septiembre y publicado el día 9 de septiembre del corriente año, siendo que la demanda de amparo se presentó el 11 de octubre.

Existencia de acto, hecho u omisión.

Teniendo en cuenta la remisión que efectúa el art. 195 a la ley 16.011, el artículo 1 de la referida norma establece que, la acción de amparo procede: "contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución (art. 72) ..."

Es así que la norma cuestionada es el Decreto No. 282/022 de fecha 2/9/2022, que sustituye los artículos 7,8 y 10 del Decreto No. 120/019 de 29 de abril de 2019.

Lesión o amenaza de lesión

Prevé la ley que el acto, hecho u omisión se debe dar en forma actual e inminente, esto es, debe lesionar, restringir, alterar o amenazar los derechos que son objeto de protección.

No debe olvidarse en este punto, la función preventiva que cumple el Amparo, en tanto también se pretende mediante el mismo, evitar el daño, así como su continuidad.

Es debido a esto que se requieren indicios serios del daño que se pueda ocasionar, de no adoptarse medidas en forma inmediata, a efectos de impedir que el referido daño se torne en irreparable.

Como ha sostenido Viera: "... por su importancia para el género humano, la protección de los intereses difusos debe ser fundamentalmente preventiva o sea que esa tutela debe adelantarse al daño, o, comenzando este, procurar eliminarlo para el futuro a fin de impedir que sea irreparable, todo lo cual nos lleva a la necesidad de un actuar de inmediato. Se advierte, entonces, cómo el amparo, que se da precisamente cuando se necesita ese actuar presto, sin tardanza, es el instrumento procesalmente adecuado para la protección preventiva de tales intereses." (Autor Cit, ob. cit. Pág. 205).

En este punto conviene detenerse en el análisis del decreto cuestionado y de la normativa que rige la materia, a efectos de verificar la existencia de la afectación o amenaza de los derechos de NNyA.

El Decreto 282/022 sustituyó los artículos 7,8 y 10 del Decreto No. 120/019 de 29 de abril de 2019. Esto constituye una amenaza al derecho a la Salud de NNyA, en una clara infracción al art. 15 del CNA en cuanto se vulnera la protección frente al estímulo del consumo del tabaco.

Con respecto al art. 7 elimina lo previsto en el decreto anterior en cuanto regulaba "La apertura de los paquetes de cigarrillos será tipo abatible o "flip top".

Con respecto al art. 8 elimina el precepto que ordenaba que "Todos los paquetes de cigarrillos serán de cartón quedando prohibido el uso de cualquier otro tipo de material". Asimismo eliminó la parte final del referido artículo en cuanto disponía: "El interior del paquete de cigarrillos deberá ser de color blanco liso y acabado mate y solo podrá contener una cubierta de papel metalizado color plata liso, quedando prohibido la inclusión de cualquier otro elemento".

Y con respecto al art. 10 eliminó las siguientes disposiciones: "El envoltorio del cigarrillo será únicamente de papel blanco liso, por lo que queda prohibido que figure en ellos cualquier clase de logo, o cualquier otra característica o elemento de diseño, leyenda, inscripción o escritura".

Asimismo, se eliminó la prohibición de incorporar leyenda o inscripción en el filtro, ni otro elemento que identifique a la marca, así como tampoco podrá incluir ningún elemento decorativo. Por otra parte sí agrega el referido artículo 10 que: "En el cigarrillo o en el interior de la cajilla el fabricante podrá incorporar elementos distintivos destinados a determinar la autenticidad del producto o su trazabilidad con el fin de detectar y combatir su desvío o adulteración" Con respecto al filtro establece que en él se podrá incorporar la identificación de la marca.

A esta altura cabe cuestionarse ¿De qué manera estas modificaciones que a simple vista parecen menores, pueden llegar a afectar la salud de NNyA?

El tema radica en que al eliminarse la prohibición de usar cualquier otro material diferente al cartón en los paquetes de cigarrillos, al eliminarse las distinciones que podría contener el paquete en su interior así como de cualquier otro elemento, y a su vez, al permitir incluir elementos distintivos en el cigarrillo y en el interior de la cajilla, así como incorporar la marca al cigarrillo, se deja en libertad de acción a los fabricantes en relación al interior de empaquetado.

Por lo que, el decreto 282/022 incumple las disposiciones de etiquetado neutro que se desprende de las siguientes normas: En primer lugar, deberá tenerse presente el Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco, ratificado por ley 17.793. El referido Convenio fue adoptado por la 56ª Asamblea Mundial de la Salud el 21/5/2003.

En el mismo se reconoce que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la Salud Pública así como el aumento del número de fumadores y de consumidores de tabaco en otras formas entre los niños y los adolescentes en el mundo entero, y particularmente por el hecho de que se comience a fumar a edades cada vez más tempranas. Reconocen asimismo la preocupación por el impacto de todas las formas de publicidad, promoción y patrocinio encaminadas a estimular el consumo de productos de tabaco.

El art. 3 contiene el objetivo del convenio que es "proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del

consumo del tabaco y de la exposición al humo de tabaco proporcionando un marco para las medidas de control de tabaco que habrán de aplicar las partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco".

Por su parte en el art. 5 establece: "A la hora de establecer y aplicar sus políticas de salud pública relativas al control del tabaco, las partes actuarán de una manera que proteja dichas políticas contra los intereses comerciales y otros intereses creados de la industria tabacalera de conformidad con la legislación nacional".

A su vez la ley 18.256, de orden público, tal como lo establece su artículo 2, regula sobre la protección del derecho al medio ambiente libre de humo de tabaco y su consumo, en consonancia con el Convenio Marco de la OMS para el control de tabaco. En el art. 8 (en la redacción dada por ley 19.723) se dispone "el empaquetado, etiquetado y diseño neutro o genérico de todos los productos de tabaco y la uniformidad de los envases de cada tipo de producto, con el objetivo de reducir el atractivo del producto para el consumidor" y establece que la reglamentación determinará todos los aspectos referidos al envase y envoltorio de productos de tabaco, tanto en el exterior como en el interior a efectos de dar cumplimiento a los objetivos perseguidos por la misma ley. De especial trascendencia resulta lo regulado por el art. 15 del CNA en cuanto dispone: "(Protección Especial). El Estado tiene la obligación de proteger especialmente a los niños y adolescentes respecto de toda forma de: ... E) Estimulo al consumo de tabaco, alcohol, inhalantes y drogas."

Se incumple con la normativa relacionada, en tanto como se desprende del art. 5 del Convenio Marco de la OMS ratificado por ley 17.793, los Estados se comprometieron a actuar de manera de proteger las políticas públicas de salud pública relativas al control del tabaco, contra los intereses comerciales de las industrias tabacaleras. No debe soslayarse que de los considerandos del Decreto en cuestión, surgen dentro de los motivos que llevaron a la modificación del decreto anterior, la posibilidad de competir con las cajillas que ingresan de contrabando y la afectación severa de la recaudación lo que afecta las políticas públicas de la Administración. Pero en nada se menciona la posible afectación al derecho a la salud. ¿A esta altura corresponde cuestionarse: cómo influye el empaquetado en el consumo?

A fs. 12 luce agregado un comunicado a la opinión pública emitido por la Alianza ENT, del cual surge: "expresamos nuestra preocupación y rechazo a las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo que desarticulan las Políticas de control de Tabaco. En particular se deja sin efecto el empaquetado neutro, pero además no se respeta el laudo del juicio que Uruguay ganó contra Philip Morris, al ser posible tener más de una presentación por marca...En ninguna circunstancia es razonable desarticular una política de Salud Pública para combatir el contrabando..."

Por su parte la Comisión Interinstitucional Asesora para el control de Tabaco en informe de fecha 8 de septiembre de 2022 concluyó: "las sustituciones de los Artículos 7, 8 y 10 planteadas por el Decreto 282/022 no son medidas para combatir el comercio ilícito y permite que los cigarrillos sean más atractivos a través de técnicas de diseño empleadas por la industria tabacalera, elimina la uniformidad del empaquetado. Se contraviene el Convenio Marco de la OMS para el control de tabaco ratificado por ley 17.793, el Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco ratificado por la ley 19.259, la ley 18256 y sus modificativas, Ley 19244, 19723, como también la Ley 13751. Por lo que se requiere la inmediata derogación del Decreto 282/022."

A su vez la Sociedad de Oncología Médica y Pediátrica del Uruguay manifestó: "... vemos con preocupación y rechazamos esta decisión del Poder Ejecutivo que contraviene el Convenio Marco suscrito por nuestro país y vulnera las políticas implementadas desde hace varios años. Consideramos que la misma se basa en argumentos comerciales en detrimento de la priorización de la promoción de la salud y prevención de enfermedades vinculadas al uso del tabaco que constituye un flagelo importante en nuestra sociedad" (fs. 19).

En igual sentido se ha pronunciado la Universidad de la Rca, Facultad de Medicina por medio del Sr. Decano Dr. Miguel Martínez Asuaga y la Representante de Facultad de Medicina en la Comisión Interinstitucional Asesora de Control de Tabaco Dra. Laura Llambi, quienes se refieren al Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el control del Tabaco y a la política seguida por el Uruguay y expresaron: "En particular, la adopción del Empaquetado neutro y requerimiento de presentación única por marca, son medidas que apuntan a aumentar la percepción de riesgo por parte de los consumidores, evitando los mensajes engañosos, sobre las infundadas diferencias de riesgos de un producto de tabaco con respecto a otro, o de una presentación diferente de una misma marca. Estudios internacionales y nacionales afirman que los paquetes y los propios cigarrillos son un elemento de comunicación clave entre la industria tabacalera y sus actuales o futuros clientes, más aún en países con restricciones de la publicidad, promoción y patrocinio ..."

De las declaraciones testimoniales de los testigos calificados ofrecidos por la parte actora, se extraen las mismas conclusiones. La Dra. Laura Roballo, médica, integrante de la SUT, tiene formación específica en políticas de control de tabaco, se desempeñó por muchos años en programas de intervención para la dependencia de tabaquismo, fue la fundadora de la unidad de tabaquismo del Hospital Central de la Fuerzas Armadas, unidad que dirigió más de 10 años, miembro fundador del programa de asistencia del FNR para el control de tabaco y del programa de tratamientos de ambulatorios del FNR, integró equipo de docentes del FNR. Es miembro fundador del centro de investigación de la epidemia de tabaquismo que preside actualmente. Es delegada de la

comisión honoraria para la salud cardiovascular en la comisión asesora institucional del programa nacional del control del tabaco del MSP.

Al ser preguntada sobre el impacto en las modificaciones que introduce el decreto entendió que va a impactar en forma muy directa en el derecho a la salud, la vida de los NNyA. "Por cuanto esta modificación va a habilitar que la tabacalera pueda ejercer maniobras de marketing dirigidas a esta población como lo ha hecho históricamente...incide ya que la ley de empaquetado neutro quitaba toda posibilidad de que se introduzcan elementos de diseño que puedan llevar a una menor exposición de riesgo o que le otorguen atractivo al producto.

...en concreto se eliminó texto explícito que prohibía la introducción de elementos identificatorios, elementos de diseño en el propio cigarrillo o en el interior de la caja...Con respecto a algún otro elemento, solo se puede elaborar con un solo tipo de material tiene relación a la percepción de daño, existen estudios que indican que hay una percepción de daño menor al daño con la caja blanda en relación a la caja dura."

Agregó que se están comercializando cigarrillos con distintivos "en el propio diseño del cigarrillo que permiten identificar cápsulas saborizantes. Estos saborizantes a nivel internacional forman parte del marketing de la industria tabacalera para incentivar el consumo en los jóvenes".

Refirió que la afección al derecho a la salud de NNyA lo expresa "en base a la evidencia científica internacional recogida en el Convenio Marco para control de tabaco basadas en evidencias científicas internacionales que no están basadas en la prohibición de venta a menores de 18 años, no dice esto a título personal esto está recogido explícitamente en el convenio marco...que nuestro país está obligado a cumplir...en nuestro país la edad de inicio promedio al consumo de tabaco es alrededor de 12-14 años y para evitar el inicio de este consumo, que es adictivo y genera daño rápidamente en estos menores de edad es que se deben fortalecer las políticas de control de tabaco de forma integral en base a la evidencia científica disponible...El consumo de tabaco de NNyA está en el entorno del 10%" (destacado de quien suscribe).

El Dr. Eduardo Blanco, médico, especialista en cardiología, máster en conductas adictivas, experto en tratamientos de tabaquismo certificado por clínica Mayo de Estados Unidos, se manifestó sobre la importancia del paquete como estrategia de publicidad de la industria tabacalera. Señaló que cuando las tabacaleras tienen prohibición total de publicidad y promoción, "el vehículo principal de promoción es el paquete ... El paquete de cigarrillo juega un rol fundamental como elemento de publicidad para atraer a los jóvenes. El paquete es todo, lo que está afuera, los colores, los números, el diseño ... adentro del paquete con el cigarrillo ellos también inciden ... Se han agregado capsulas de sabores... para jóvenes... Si ya tienen saborizantes en el filtro... les permitimos que recuperen la posibilidad en el paquete de usarlo como marketing, corremos un serio riesgo de que

esos avances que hemos tenido en el descenso del consumo de NNyA se pierda y aumente el consumo...El decreto... deja al libre albedrío de la industria tabacalera que es lo que va a hacer con estas modificaciones en el paquete ,esto lo hacen con un criterio empresarial para aumentar ventas, tanto en adultos como en jóvenes...Un 9%, 10% de jóvenes escolarizados consumen, compran en kioscos frente a colegios, que no debería permitirse la venta, lo roban de sus padres, o los comparten. Pese a que hay carteles se venden."

El testigo expresó claramente que con las medidas que aplicó Uruguay, el consumo del tabaco bajó rápidamente a la tercera parte (fs. 111), lo que indica que las mismas fueron efectivas. Asimismo expresó que no se debe dejar posibilidad de poder incluir estrategias de marketing debido a que la industria tabacalera utiliza cualquier estrategia. Y más adelante agregó que "si se permite poner distintivos de marca y otras modificaciones que quedan a criterio de la industria tabacalera, "No solamente pierde la estandarización del paquete sino que vuelve a dar la oportunidad para hacer marketing a los jóvenes" (fs. 112).

Por su parte el testigo Diego Rodríguez, magister en sociología, socio de la SUT e integrante del centro de investigación para la epidemia del tabaquismo y quien participa en la comisión asesora de control de Tabaco CIET, declaró que: "la modificación del decreto afecta a NNyA, en primer lugar los distintivos en el cigarrillo, las marcas, se le permite incluir distintivos en el cigarrillo, se colocan dos puntitos en el filtro, que indican los sabores, se deben apretar, pueden ser menta, frutilla, los saborizantes siempre estuvieron enfocados en el público joven...las estadísticas internacionales ITC, muestran que el 70% de los fumadores iniciaron antes de los 17 años, el 23% inició antes de los 13". Agrega que el saborizante es una posibilidad de distintivo, pero hay otras, cintas de colores, publicidad en las cajas, la marca que va en contra de la ley, el distintivo es tan amplio que puede ser cualquier cosa. "El neuromarketing que utiliza la industria busca aumentar ventas, lo que aumenta el consumo en NNyA y en particular si usan saborizantes aumenta el consumo en NNyA. Por otro lado la afectación de toda la población, el marketing es genérico, los niños que convivan con nuevos fumadores, estarán expuestos al humo de segunda mano, serán fumadores pasivos".

La última cifra que recuerda de NNyA fumadores es de 10%. Con respecto a la forma de acceso de los jóvenes al cigarrillo es de diferentes formas: "una es a través de personas que les compran, a través de grupos de pares, hay comercios que venden a chiquilines... los comercios que venden hasta tarde venden alcohol, cigarrillos, el Estado no controla ya que tienen 3 fiscalizadores ... son tres para los 19 departamentos ... El Banco Mundial hizo una encuesta que resultó en un 12% de productos de contrabando, si llevamos esa cifra al consumo de jóvenes podríamos estimar que el consumo como máximo de contrabando es de un 12%, el porcentaje restante es legal. Los saborizantes están enfocados para el

inicio del consumo. El 70% inicia antes de los 17 años". Por otra parte, de acuerdo con lo expresado en el Cáncer Council de Victoria, Australia, en el año 2011, publicación que recopila más de 24 estudios experimentales en relación al "empaquetado plano o neutro de los cigarrillos", se destacan tres grandes características de acuerdo a cómo influye esto en el consumo de las personas: A) El empaquetado forma parte del "marketing mix", es decir, del conjunto de elementos del que una organización hace uso para intentar modificar el comportamiento de su público objetivo. Por tanto, más allá del verdadero resultado a la hora de modificar el comportamiento de la audiencia final, queda claro que su utilización responde a una clara intención de modificar dicho comportamiento, ya sea que esto se logre o no.

B) El empaquetado tradicional, mediante el uso de diferentes colores y tipografías es utilizado para quitar trascendencia a los avisos regulados de advertencia de riesgos de salud. C) Diferentes elementos de empaquetado guían incorrectamente hacia la idea de que algunos de los productos son menos dañinos, haciendo uso de términos comerciales engañosos como la palabra "light" y otras estrategias de diseño en el empaquetado. E) Diversos estudios en más de 5 países demuestran que el empaquetado plano o neutro resulta menos atractivo para todas las poblaciones y en particular para poblaciones jóvenes quienes declaran que los cigarrillos con empaquetado plano resultan menos satisfactorios, menos atractivos y de menor calidad que aquellos que cuentan con empaquetado tradicional"

(<https://www.cancer.org.au/assets/pdf/plain-packaging-of-tobacco-products-a-review-of-the-evidence>).

Asimismo, en idénticos términos se refirió el Dr. Eduardo Blanco en un detallado artículo sobre "Las Estrategias para el control del tabaco y su racionalidad", publicado en la Revista uruguaya de Cardiología, 2005, pag. 171-195

([www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S1688-042020050003000068&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S1688-042020050003000068&script=sci_arttext)).

A un derecho o libertad constitucional, salvo el habeas corpus. En el caso de marras se invoca la protección al derecho a la salud, a la protección del medio ambiente libre de humo de tabaco y por tanto a la vida de NNyA.

El derecho a la salud se encuentra indisolublemente ligado al derecho a la vida, pues la no protección del primero en su cabalidad, obviamente que acarrea consecuencias negativas sobre el segundo. Han sido claros los testigos al declarar sobre las consecuencias en el aumento del consumo de tabaco que se generarán con las modificaciones que introdujo el decreto 282/022. Lo que se ha confirmado con los informes realizados por la Facultad de Medicina de la UDELAR, por la Comisión Interinstitucional Asesora para el control del tabaco y por la Sociedad de Oncología Médica y Pediátrica del Uruguay (fs. 14 a 21) y por los estudios científicos citados.

Por otra parte, de la encuesta nacional realizada por la Junta Nacional de Drogas, sobre consumo de drogas en estudiantes de enseñanza media entre 13 y 17 años (2021) se extrae que el 15,3 %

consume tabaco (fs. 22). Esta cifra llama poderosamente la atención y causa alarma, atento a la prohibición existente de venta de productos de tabaco a menores de 18 años.

Los testigos también se manifestaron con respecto a que la edad de inicio de consumo es entre los 12 y 14 años. Asimismo que el total de fumadores adultos, el 70% comenzó antes de los 17 años y el 23% antes de los 13.

Debe considerarse, de esta manera que, el no disfrute del derecho a la salud, compromete necesariamente el derecho a la dignidad humana lo que afecta el pleno desarrollo psico físico de los niños y jóvenes, viéndose perjudicado por tanto el "interés superior del niño".

Resultan trasladables las siguientes expresiones: "Paliando cualquier diferenciación que quite efectividad a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, categoría en la que se incluye al derecho a la salud, corresponde entender a éste como uno inherente a la personalidad humana, derivado del concepto de dignidad, y que, por consiguiente, se encuentra dotado de toda caracterización como derecho fundamental, cuyo cumplimiento debe ser atendido y cuya tutela es competencia de los tribunales jurisdiccionales. El derecho a la salud se encuentra indisolublemente ligado al derecho a la vida y a la integridad física. No obstante, supone un contenido diferencial que se define por su propio término, representando una serie de acciones tendientes al logro de su significación: sano desarrollo, aspectos de higiene y medioambientales, acceso a medios adecuados de prevención y tratamiento de enfermedades, y, en general, asistencia, control y servicios médicos apropiados. Este derecho a la salud supone, por tanto, que todos los sujetos tienen derecho a vivir en un ambiente preventivo y que asegure el sano desarrollo de la persona, así como a servirse de servicios médicos que permitan realizar controles, prevenciones y tratamientos acordes a los estándares exigidos. Por supuesto, la realización de políticas públicas y la efectiva tutela de este derecho irrogarán un gasto para la hacienda pública. Pues, ello ocurre, en iguales términos, con todos los derechos fundamentales". (María Paula Garat, "El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" pág. 61).

El TAF de 2° Turno en sentencia 1/2018 expresó: "Ingresando al fondo del asunto, cabe señalar que los artículos 7 y 44 de la Constitución Nacional consagran, respectivamente, el derecho de todo habitante de la República a ser protegido en el goce de su vida y la obligación del Estado de legislar en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país ... Este derecho también está contenido en el art. 72 de la Carta, tratándose de un derecho inherente a la persona humana.

El mismo fue reconocido en el ámbito internacional en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en el numeral 1 reconoce que "...toda persona tiene derecho a un nivel

de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...".

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ley 13751, en su art. 12 se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental;...

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley N° 16137, en su art. 24 num. I reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud ...

El art. 10 del Protocolo de San Salvador, ratificado por Ley N° 16519 dispone que toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, comprometiéndose los Estados a adoptar medidas para garantizar ese derecho."

La Convención de los Derechos del Niño en su artículo 24 establece que los niños tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud. Establece asimismo que es obligación del Estado tomar las medidas necesarias orientadas a la abolición de prácticas tradicionales perjudiciales para la salud del niño. Resulta de especial interés la Observación general No. 4 del Comité de los Derechos del Niño en cuanto insta a los Estados. Asimismo la accionante invoca la vulneración al medio ambiente, que se encuentra recogido en el art. 47 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que: "La protección del medio ambiente es de interés general".

Por su parte el Protocolo de San Salvador en su art. 11 establece: "Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano ... Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente."

Y particularmente en el tema que nos convoca la ley 18.256, de Protección del Derecho al medio ambiente libre de humo de tabaco y su consumo, establece en su art. 1: "Todas las personas tienen derecho al disfrute del más alto nivel de salud, al mejoramiento en todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente."

En la misma línea, el art. 15 del CNA consagra: "El Estado tiene la obligación de proteger especialmente a los niños y adolescentes respecto de toda forma de:...E) Estímulo al consumo de tabaco ..."

Como sostuvo la Suprema Corte de Justicia: "En efecto, la Salud Pública es un cometido esencial inherente del Estado, y en casos como el de autos la legislación sobre tabaquismo resulta un bien jurídico superior que participa de la noción de orden público (art. 44 de la Constitución). (Sentencia 1713/2010).

Manifiesta ilegitimidad

La referida ilegitimidad debe estar expresada en la demanda y resultar claramente identificable al magistrado y debe ser asimismo inequívoca. Como señalaba Gelsi al referirse a este requisito "claramente se presenta, a lo que todos pueden advertir; un resultado de conocimiento al que se llega espontáneamente, sin requerir largos o específicos razonamientos"

(Citado por Cecilia Baluga: "Procesos Constitucionales" FCU 1ª Ed., pág. 162.)

La existencia de la ilegitimidad manifiesta, es cuestionada por el demandado, en tanto considera que se ha procedido acorde a derecho, respetando a cabalidad la normativa que regula su actuación. Señala que el acto cuestionado no deja de estar apegado a los instrumentos internacionales como así también a la normativa nacional en la materia, teniendo como fin superior la defensa de la salud de todos los individuos del territorio nacional. Considera que los pronunciamientos de la academia y la comunidad científica del Uruguay no dejan de ser una visión parcial, una opinión calificada pero sin sustento probatorio ni legal.

Pero si bien es cierto que el art. 8 de la ley 18256 le asignó al Poder Ejecutivo la potestad de decidir sobre determinados aspectos del empaquetado y etiquetado de los productos del tabaco, olvida mencionar que esa reglamentación deberá seguir la directiva contenida en el mismo art. 8 inc. 2do, en cuanto se dispone el empaquetado, etiquetado y diseño neutro o genérico de todos los productos de tabaco. Asimismo, el inciso 3ro se encarga de aclarar que la reglamentación referida deberá contener los elementos necesarios para la "prosecución de los objetivos perseguidos por la presente ley". Y en este punto es de destacar que a juicio de esta decisor, con las modificaciones introducidas por el Dec. 282/022 no se cumple con esos objetivos, sino todo lo contrario, se incumple con el mandato de diseño de empaquetado y etiquetado "neutro o genérico" mencionado.

Corresponde agregar, que la parte demandada no ha presentado ningún elemento probatorio que acredite que la modificación del decreto en cuestión, no genera daño alguno a la Salud de NNyA. Por otra parte argumenta que se reglamentó sobre un tema de mercado, combatiendo el mercado ilegal, esto es: el contrabando y la falsificación, lo que presenta nuevas defensas para el derecho a la salud consagrado. Y agregó que el decreto 282/022 se orienta a reforzar los aspectos concernientes a la trazabilidad de los productos del tabaco.

Entiende esta sentenciante que la lucha contra el contrabando y la falsificación que alega la demandada, que fue lo que motivó la aprobación del Decreto 282/022, no se realizó respetando las pautas del empaquetado neutro o genérico dispuesto por la ley 18.256 y al amparo del Convenio Marco de la OMS. Es decir, que las medidas que se adoptaron para detener la actividad ilícita, afectan el derecho a la Salud de los NNyA, por propender o generar un aumento del consumo, como lo ha explicitado la Academia y los testigos calificados que declararon en autos. Y se hace hincapié nuevamente en el hecho que no se ha ofrecido ni diligenciado medio probatorio alguno que acredite la no afectación del referido derecho, habiendo incumplido la parte con su carga de la contradicción y de probar los hechos constitutivos de su pretensión.

Ineficacia de otros medios jurídicos de protección.

Sostuvo la demandada que la actora interpuso recurso de

revocación contra el Decreto 282/022 con fecha 19 de septiembre, lo que ameritó la formación del expediente 2022-2- 1-0001258. Dicho recurso no fue fundamentado y no se solicitó la suspensión del Decreto que recurrió, facultad que le concede el art. 150 del Decreto 500/991. Lo que demuestra que la actora tenía medios alternativos para pretender que se revocara el acto y se suspendiera su ejecución. Asimismo, respecto a la pretensión principal, de acuerdo con el art. 30 de la Constitución, pudo haber ejercido el derecho de petición al Poder Ejecutivo para que reglamentara la ley 18.256 en la forma que ella considera debe realizarse.

En lo que tiene que ver con el amparo previsto en el art. 195 CNA, se prevé un régimen especial que deroga el art. 2 de la ley 16011, por lo que se deroga el carácter supletorio y residual del amparo.

“Según Cavalli, esta conclusión se refuerza en función de la circunstancia de que el art. 195 establece una presunción simple de ineficacia de los otros medios de protección, cuestión esta que aborda justamente el art. 2 de la ley 16011.

Resulta claro que el art. 195 CNA ha modificado el art. 2 de la ley No. 16.011, que establecía que la protección del amparo solo procedía cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitieran obtener el mismo resultado o cuando de existir, fueran, por las circunstancias, claramente ineficaces para la protección del derecho.

Por ende, con el objetivo de dotar de efectividad al instrumento de protección constitucional, el art. 195 inc. 3 consagró una presunción: que todo otro medio jurídico o de protección resulta ineficaz. Por lo tanto, si existen otros remedios, tanto judiciales como de índole administrativa, no procede el rechazo del amparo que se funde únicamente en razón de la existencia de aquellos.”.(Selva Klett y Cecilia Baluga, ob. cit, pág. 382).

En el caso de autos, se ha acreditado que la actora ha interpuesto recurso de revocación contra el decreto de marras no habiendo solicitado la suspensión de la ejecución del mismo. Pero resulta evidente que la vía administrativa resulta ineficaz para proteger el derecho comprometido en forma inmediata debido al “retardo en que se incurre al requerirse el previo agotamiento de la vía administrativa a espera de su sustanciación y a través de la interposición de los recursos administrativos pertinentes y a la resolución a su respecto” (Legnani, Bernardo-“Manual Básico de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones...” La Ley, pág. 253).

VI) A continuación, conviene introducirse en el análisis del concepto jurídico “interés superior del niño” a efectos de poder determinar que para este caso concreto , la forma de proteger dicho interés se ve reflejado en la suspensión de la ejecución del Decreto 282/022.

Como lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ATALA RIFFO Y NIÑAS VS CHILE, Sentencia de 24 de febrero de 2012:

"108. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección".

De especial interés para la resolución del caso, resulta lo dispuesto por el art. 3 del CNA en cuanto regula el principio de protección de derechos y establece que: "Todo niño y adolescente tiene derecho a las medidas especiales de protección que su condición de sujeto en desarrollo exige por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."

Como lo sostuvo el TAF 1° en sentencia No. 99/2018:

"Finalmente, la Convención de los Derechos del Niño ... dispone en su art. 3: "En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del menor". Y el art. 6 del CNA: "Para la interpretación e integración de esta Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos". Como lo establece el CNA art. 6°, el interés superior es herramienta de interpretación e integración de la ley. A la vez, a través del principio de protección se obtiene una norma que permite la resolución de conflictos entre derechos igualmente contemplados en la Convención de Derechos del Niño ..."

De lo que se concluye que las medidas que se adopten en relación al empaquetado de cigarrillos, motivadas en las razones que sean, deberán tener siempre en cuenta el "interés superior" de NNyA, evitando el menoscabo de su derecho a la salud, a la protección del medio ambiente libre de humo de tabaco y a la protección especial al estímulo al consumo de tabaco, todo dentro de la órbita del principio de protección de sus derechos.

VII) Finalmente se entiende que no tiene potestades esta magistrada para obligar al Poder Ejecutivo a reglamentar una ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1678 numeral 4 de la Constitución de la República por lo que no se hará lugar a ese pedido.

Pero nada impide adoptar la medida de suspensión de la ejecución del acto cuestionado, solución que en definitiva es la que se

adoptará.

Por las razones expuestas, las normas legales citadas y art. del 195 CNA, ley 16.011, y arts. 197 y 198 del CGP,

**FALLO:**

Por hacer lugar parcialmente a la demanda de amparo. La inmediata suspensión del decreto 282/022 hasta que quede firme el acto administrativo o para el caso de tramitarse la vía anulatoria, hasta que el TCA dicte sentencia ejecutoriada. Sin especial condenación.

**Dra. María Elena Emmenengger Giambiassi - JUEZ LDO. CAPITAL**