

Valparaíso, 6 de noviembre de 2012.

C E R T I F I C O que con esta fecha, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado consideró la consulta de la Sala acerca de la constitucionalidad del numeral 3) del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la ley N° 19.419, en materia de ambientes libres de humo de tabaco (Boletín N° 7.914-11).

En la sesión en que se trató este asunto concurrieron el Subsecretario de Salud Pública, señor Jorge Díaz; el Jefe de Gabinete del Ministro de Salud, señor Arturo Zúñiga; el Jefe de la Unidad de Tabacos de esa Secretaría de Estado, señor Javier Cruz, y los Asesores señores Jaime González y Jorge Hubner.

Estuvieron presentes, los asesores de la Honorable Senadora señora Alvear, señores Marcelo Drago y Jorge Cash. El asesor del Honorable Senador Walker, don Patricio, señor Fernando Dazarola, los Asesores del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, señora Daniela Iglesias y señor Tomás Célis y el asesor de la Biblioteca del Congreso Nacional señor Juan Pablo Cavada.

Asimismo, participó, especialmente invitado, el abogado y profesor de Derecho Constitucional, señor Patricio Zapata Larraín.

-.-.-

Hacemos presente, además, que en el análisis de esta consulta la Comisión recibió dos informes en Derecho. El primero del profesor señor Patricio Zapata Larraín y el segundo de la abogada y profesora de Derecho Constitucional, señora Ángela Vivanco Martínez. Este último documento fue entregado por el señor Subsecretario de Salud.

Ambos informes se acompañan como anexo al presente certificado.

ANTECEDENTES

1.-En sesión del día 30 de octubre del año en curso, la Sala del Senado acordó enviar a esta Comisión el mencionado proyecto de ley para que informara acerca de la constitucionalidad del artículo 3°, contenido en el numeral 3) de esta iniciativa.

Dicho numeral sustituye el artículo 3° de la ley N° 19.419 por otro que prohíbe la publicidad del tabaco y de elementos de las marcas relacionados con dicho producto.

Agrega que tal prohibición se extiende en los mismos términos y efectos a la publicidad indirecta realizada por medio de placement financiado por la industria del tabaco, donde se muestra en medios de comunicación masiva el consumo de productos o marcas de productos hechos de tabaco.

Impide que en programas transmitidos en vivo, por televisión o radio y en horarios destinados a menores, aparezcan personas fumando o señalando características favorables al consumo de tabaco.

Prohíbe que la publicidad a favor del consumo del tabaco se realice en señales internacionales de los medios de comunicación chilenos o de páginas de internet cuyos dominios correspondan a la terminación "punto cl".

Finalmente, dispone que las compañías tabacaleras deberán informar anualmente al Ministerio de Salud el detalle de sus gastos destinados a promoción y cabildeo, los destinatarios de sus recursos y sus contratos, y los convenios y alianzas estratégicas con agrupaciones o empresas de otros giros comerciales, incluyendo sus actividades desarrolladas bajo el rótulo de responsabilidad social empresarial.

2.- Asimismo, en el examen de esta disposición se tuvo presente **el Convenio Marco para el Control del Tabaco**, tratado internacional aprobado por Chile.

El referido Convenio es un instrumento jurídico internacional que tiene como objetivo "proteger a las generaciones presentes y futuras de las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas resultantes del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco.

Este tratado aborda todos los elementos relacionados con el control del tabaco y sus consecuencias.

En su preámbulo pone de manifiesto, entre otros, la determinación de los Estados a dar prioridad a sus derecho de proteger la salud pública; hace un reconocimiento de la preocupación existente por el aumento del consumo y la producción de cigarrillos y otros productos del tabaco y por la carga que ello impone a las familias, a los pobres y a los sistemas nacionales de salud; reconoce, además, que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al

humo de tabaco son causa de mortalidad, morbilidad y discapacidad y que los cigarrillos y otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia y que esta dependencia del tabaco es un trastorno considerado como tal en las principales clasificaciones internacionales de enfermedad.”.¹

En lo que interesa a este certificado, la Comisión también tuvo a la vista el artículo 13 del referido Convenio, disposición que establece lo siguiente

“Artículo 13
Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco

1. Las Partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.

2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dicha prohibición comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio.

A este respecto, cada Parte, dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Convenio para la Parte en cuestión, adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.

3. La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dichas restricciones comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. A este respecto, cada Parte adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.

4. Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte:

¹ Marisol Acuña y Sergio Bello: “El Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco: Un instrumento jurídico al servicio de la salud pública mundial”, en Revista Chilena de Enfermedades Respiratorias.

a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones;

b) exigirá que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente;

c) restringirá el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población;

d) exigirá, si no ha adoptado una prohibición total, que se revelen a las autoridades gubernamentales competentes los gastos efectuados por la industria del tabaco en actividades de publicidad, promoción y patrocinio aún no prohibidas. Dichas autoridades podrán decidir que esas cifras, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se pongan a disposición del público y de la Conferencia de las Partes de conformidad con el artículo 21;

e) procederá dentro de un plazo de cinco años a una prohibición total o, si la Parte no puede imponer una prohibición total debido a su constitución o sus principios constitucionales, a la restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet; y

f) prohibirá o, si la Parte no puede imponer la prohibición debido a su constitución o sus principios constitucionales, restringirá el patrocinio de acontecimientos y actividades internacionales o de participantes en las mismas por parte de empresas tabacaleras.

5. Se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el párrafo 4.

6. Las Partes cooperarán en el desarrollo de tecnologías y de otros medios necesarios para facilitar la eliminación de la publicidad transfronteriza.

7. Las Partes que hayan prohibido determinadas formas de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco tendrán el derecho soberano de prohibir las formas de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizos de productos de tabaco que penetren en su territorio, así como de imponerles las mismas sanciones previstas para la publicidad, la

promoción y el patrocinio que se originen en su territorio, de conformidad con la legislación nacional. El presente párrafo no respalda ni aprueba ninguna sanción en particular.

8. Las Partes considerarán la elaboración de un protocolo en el cual se establezcan medidas apropiadas que requieran colaboración internacional para prohibir completamente la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos.”.

-.-.-

Al analizar estos antecedentes y ponderar las razones contenidas en los informes en derecho mencionados precedentemente, los miembros de la Comisión observaron que ambos profesores están contestes en que las normas constitucionales vigentes no son vulneradas si el legislador adopta, respecto de la industria del tabaco, el tipo de prohibiciones que contemplan los primeros cuatro incisos del artículo 3°.

No obstante, lo anterior observó que la actual redacción del inciso final del nuevo artículo 3° presenta ambigüedades que es necesario subsanar, pues podrían dar origen a problemas de interpretación y eventuales requerimientos de inaplicabilidad, en razón de los términos en que éste está redactado.

Asimismo, estimó que era necesario introducir otras enmiendas de forma a este artículo. Ellas no dicen relación con un problema de constitucionalidad sino que pretenden mejorar la redacción de este precepto.

Teniendo en cuenta estas consideraciones y demás argumentos que constan en los mencionados informes, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento adoptó, por la unanimidad de sus miembros presentes, los siguientes:

Acuerdos:

1.- Que el artículo 3°, contenido en el numeral 3) del artículo único del proyecto de ley en análisis, no contraviene disposiciones constitucionales y, por lo tanto, es una norma que está conforme con la Ley Fundamental.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión también adoptó las siguientes resoluciones en relación con el artículo 3°:

a) Modificar el inciso segundo para remplazar la expresión “placement” por la voz “emplazamiento”, y eliminar la frase

“financiado por la industria del tabaco”. Esta supresión persigue que la prohibición de publicidad indirecta abarque también a otras empresas que pudieran financiar el consumo de cigarrillos.

b) Remplazar en el inciso tercero la frase: “la aparición de personas fumando o señalando características favorables al consumo de tabaco”, por: “que se promueva el consumo de productos de tabaco o se señalen características favorables acerca de éstos.”. Al aprobar esta sustitución, la Comisión quiere reforzar la prohibición de promover el consumo de tabaco, sin impedir determinadas expresiones artísticas.

c) Sustituir el inciso final por otro que dispone que “las compañías tabacaleras deberán informar anualmente al Ministerio de Salud el detalle de donaciones efectuadas, así como de los gastos en que incurran en virtud de convenios con instituciones públicas, organizaciones deportivas, comunitarias, entidades académicas, culturales y organizaciones no gubernamentales.”. A juicio de los miembros de la Comisión esta nueva redacción supera las ambigüedades o problemas que subyacen a la actual redacción de este inciso.

Concurrieron a estos acuerdos, la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Soledad Alvear Valenzuela y los señores Hernán Larraín Fernández, Baldo Prokurica Prokurica (Carlos Larraín Peña) y Patricio Walker Prieto.

-.-.-

De conformidad con los acuerdos adoptados precedentemente, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento propone sustituir el mencionado numeral 3) del artículo único del proyecto de ley, que modifica la ley N° 19.419, en materia de ambientes libres de humo de tabaco (Boletín N° 7.914-11), por el siguiente:

“3) Sustitúyese el artículo 3° por el siguiente:

“Artículo 3°.- Se prohíbe la publicidad del tabaco y de elementos de las marcas relacionados con dicho producto.

La prohibición indicada se extiende en los mismos términos y con los mismos efectos a la publicidad indirecta realizada por medio de emplazamiento, donde se muestra en medios de comunicación masiva el consumo de productos o marcas de productos hechos de tabaco.

Del mismo modo, se prohíbe en programas transmitidos en vivo, por televisión o radio, en el horario permitido para

menores, que se promueva el consumo de productos de tabaco o se señalen características favorables acerca de éstos.

Asimismo, se prohíbe la publicidad en las señales internacionales de los medios de comunicación chilenos o de páginas de internet cuyos dominios correspondan a la terminación “punto cl”.

Las compañías tabacaleras deberán informar anualmente al Ministerio de Salud el detalle de donaciones efectuadas, así como de los gastos en que incurran en virtud de convenios con instituciones públicas, organizaciones deportivas, comunitarias, entidades académicas, culturales y organizaciones no gubernamentales.”.

RODRIGO PINEDA GARFIAS
Abogado Secretario

ANEXO I



6 de Noviembre de 2012

LEY DEL TABACO Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA

*Examen de Constitucionalidad del Numeral 3° del Artículo único
del proyecto de ley que modifica la ley 19.419, en materia de
ambientes libres de humo de tabaco (Boletín 7914-11)*

-OPINIÓN LEGAL-

Patricio Zapata Larraín
Profesor de Derecho Constitucional;

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; Magister en Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile; Master en Derecho, Universidad de Harvard; Doctor © en Derecho, Universidad de Chile.

El Martes 30 de Octubre recién pasado, la Sala del Senado procedió a iniciar la discusión particular del proyecto de ley que modifica la ley 19.419, en materia de ambientes libres de humo de tabaco (Boletín 7914-11). En el contexto de este debate, el senador Hernán Larraín planteó que, en relación a ciertas dudas de constitucionalidad que suscita el Numeral 3° del artículo único de esta iniciativa, sería conveniente que la Corporación pudiera contar con la opinión de su Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. La propuesta del senador Larraín fue acogida por la Sala por 18 votos a 13, otorgándose plazo a esta instancia para emitir el Informe y, eventualmente, proponer indicaciones, hasta el Martes 6 de Noviembre a las 12 horas.

Que el Senado de la República pueda cumplir satisfactoriamente su función legislativa depende, en medida fundamental, del aporte especializado que realicen sus distintas Comisiones permanentes. En ese sentido, no puedo sino valorar que la Corporación haya solicitado, una vez más, el parecer técnico de esta Comisión. Quiero pensar que todos los esfuerzos que se hagan por despejar legítimas dudas de constitucionalidad pueden ayudar, entre otras cosas, a circunscribir los riesgos de una excesiva judicialización posterior de la ley ya aprobada.

Las líneas que siguen sintetizan mi opinión personal sobre este problema. Dados los importantes intereses involucrados, me parece conveniente transparentar, además, que, respecto de este proyecto, no he recibido ningún tipo de encargo profesional.

Como se verá, **he llegado a la conclusión que los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 3°propuesto no contradicen la Constitución Política.**

I. LA NORMA OBJETO DE ESTA OPINIÓN.

La norma a examinar es el numeral 3° del artículo único del proyecto. Este precepto propone sustituir el texto actual del artículo 3 de la ley 19.419 por el siguiente:

“Artículo 3°.- Se prohíbe la publicidad del tabaco y de elementos de las marcas relacionados con dicho producto.

La prohibición indicada se extiende en los mismos términos y con los mismos efectos a la publicidad indirecta realizada por medio de placement financiado por la industria del tabaco, donde se muestra en medios de comunicación masiva el consumo de productos o marcas de productos hechos de tabaco.

Del mismo modo, se prohíbe en programas transmitidos en vivo, por televisión o radio, en el horario permitido para menores, la aparición de personas fumando o señalando características favorables al consumo de tabaco.

Asimismo, se prohíbe la publicidad en las señales internacionales de los medios de comunicación chilenos o de páginas de internet cuyos dominios correspondan a la terminación "punto cl".

Las compañías tabacaleras deberán informar anualmente al Ministerio de Salud el detalle de sus gastos destinados a promoción y cabildeo, los destinatarios de sus recursos y sus contratos, y los convenios y alianzas estratégicas con agrupaciones o empresas de otros giros comerciales, incluyendo sus actividades desarrolladas bajo el rótulo de responsabilidad social empresarial."

En relación al texto vigente, el nuevo artículo 3° propuesto contempla las siguientes cinco diferencias:

Transforma, en primer lugar, una muy severa restricción a la publicidad de tabaco en una completa prohibición de dicha promoción. Este efecto se logra al eliminar las dos excepciones que hoy autoriza el inciso primero del artículo tercero: la publicidad dentro de los lugares de venta y, fuera de dichos lugares, el uso exclusivo de avisos diseñados por el Ministerio de Salud ("3°.- Se prohíbe la publicidad del tabaco o de elementos de las marcas relacionados con dicho producto, salvo al interior de los lugares de venta. Al exterior de dichos lugares sólo se podrá comunicar al público la venta de productos hechos con tabaco mediante avisos diseñados por el Ministerio de Salud y establecidos por decreto supremo").

El proyecto, en segundo término, prohíbe la publicidad indirecta del tabaco, esto es, aquella que a cambio de una remuneración, y con mayor o menor disimulo, instala intencionalmente el producto en medio de la programación regular de un medio de comunicación.

Muy ligado a lo anterior, el proyecto prohíbe, además, que en horario para menores de edad, los programas de radio y televisión transmitidos en vivo, puedan contemplar personas fumando o haciendo apología del fumar.

En cuarto lugar, el artículo 3° nuevo incluye en la prohibición a las señales internacionales de los medios de comunicación chilenos o a las páginas de internet cuyos dominios correspondan a la terminación “punto cl”.

Finalmente, el proyecto impone a las compañías tabacaleras el deber de informar anualmente al Ministerio de Salud sobre todos los gastos en que incurren por concepto de “promoción y cabildeo”, y, en relación a lo anterior, una indicación de “los destinatarios de sus recursos y sus contratos, y los convenios y alianzas estratégicas con agrupaciones o empresas de otros giros comerciales, incluyendo sus actividades desarrolladas bajo el rótulo de responsabilidad social empresarial.”.

II. LAS DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD

En el curso de la tramitación del proyecto han surgido dudas sensatas sobre la constitucionalidad de la prohibición total de la publicidad del tabaco.

Sobre el particular, he tenido a la vista el texto de un Informe en Derecho que, elaborado por un jurista muy notable, contiene un desarrollo muy claro del argumento de la inconstitucionalidad. Extracto, a continuación, algunos párrafos relevantes:

La norma...apunta a prohibir de manera absoluta la publicidad del tabaco o de elementos de las marcas relacionados con dichos productos ...incluso incorpora la prohibición de publicidad al interior de los lugares de venta, extendiéndose a la publicidad encubierta.

...la actual legislación vigente establece sólo una prohibición general de publicidad del tabaco, por cuanto ésta está permitida en los establecimientos o puntos de venta de dichos productos. La indicación pretende pasar de una prohibición general, que admite excepciones, a una prohibición absoluta, esto es a prohibir de manera completa la actividad económica de publicidad del tabaco.

Establecer una prohibición absoluta y completa de la actividad económica publicidad, a una actividad económica lícita como es la producción, importación, distribución, comercialización y consumo de tabaco, implica consagrar una disposición legal que resulta inconstitucional por ser ablatoria de derechos y garantías de orden patrimonial.

En efecto, el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas: N° 21 El derecho a

desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Por su parte, el 19 N° 24 de la Constitución asegura a todas las personas: N° 24 El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. Finalmente, el artículo 19 N° 26 de la Constitución asegura a todas las personas: N° 26 La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio

1.1 Libertad económica y regulación

La actividad económica, proyectada en la técnica de derechos fundamentales como libertad económica comprende la libertad de empresa y derecho de fundación, la libertad de anunciación o mercadeo y la libertad de mercados como bien observa en la doctrina germana el iuspublicista Rolf Stober, está ampliamente asegurada conforme al artículo 19 N° 21 de la Constitución, siempre que dicha actividad no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional es legítima, y la ley sólo lo que puede hacer es “regularla”.

Respecto del alcance de la “regulación” el Tribunal Constitucional en los casos llamados “Publicidad Caminera”, Rol 167, fijó el alcance del concepto **“normas legales que la regulen”**. En efecto estableció “Que si bien regular, conforme al Diccionario de la Real Academia debe entenderse “ajustado y conforme a reglas”, ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho”.

Por consiguiente como señala Arturo Fermandois V. en su obra “Derecho Constitucional Económico”, el legislador sólo tiene facultades para determinar el “cómo” se ejerce el derecho a desarrollar actividades económicas, por lo que debe cuidar la extensión e intensidad de su regulación para no dar origen a un precepto inconstitucional que afecte la esencia del derecho.

En este sentido, la prohibición absoluta y completa de publicidad de una actividad económica, como es la del tabaco, da origen a un precepto inconstitucional que afecta al contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 19 N° 21.

El Tribunal Constitucional, en los casos de “Publicidad Caminera”, estableció “que las prohibiciones para desarrollar una actividad económica tienen que fundarse en no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y que el ejercicio del derecho debe llevarse a cabo respetando las normas legales que la regulen”. Señaló, asimismo, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente deben ordenarse por ley, **pero jamás podría interpretarse en el sentido que se impida absolutamente el ejercicio del derecho**, de lo contrario se iría en contra de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política que establece que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, como también que éstos actúan, válidamente, sólo cuando lo hacen previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley.

Por consiguiente, a la luz de la jurisprudencia constitucional, es válida la regulación de la actividad económica, incluso si ésta impone limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho, pero jamás esta regulación podría prohibir en forma absoluta el ejercicio del mismo. En este sentido, sería válida la regulación de la publicidad del tabaco, limitándola la misma a ciertos lugares y solicitando una autorización previa al diseño de avisaje, pero no puede la regulación establecer una prohibición absoluta y completa de la actividad económica de publicidad del tabaco, sin que con ello se afecte la garantía constitucional de la libertad económica; ya que al afectarla en la esencia es una intervención legislativa ablatoria del contenido patrimonial del derecho (libertad de anunciación o mercadeo). Ello en la medida que la libertad de anunciación o mercadeo no sólo concierne a la imagen corporativa de una empresa (prestigio, inserción de mercados), su vinculación al medio social y economía, sino también a los bienes y servicios ofrecidos al mercado.

Privar de un derecho, como la actividad económica de publicidad, garantizado por la Constitución como libertad de anunciación, respecto de una actividad económica lícita, como es la producción, distribución y comercialización del tabaco, resultaría en una regulación inconstitucional, que en el derecho comparado se conoce como intervención legal ablatoria en la doctrina europea o bien como “regulaciones expropiatorias” en la doctrina anglosajona.

1.3 La regulación y limitación de un derecho, no puede afectar a la esencia de ese derecho, impidiendo absolutamente su ejercicio.

El artículo 19 N° 26 de la Constitución de la República, asegura a todas las personas que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio

Como señalamos anteriormente, el contenido esencial de los derechos es una garantía constitucional normativa de gran plasticidad que cautela un núcleo o esencia del derecho resistente, estable e inalterable frente a la intervención o desarrollo del legislador, y en esa medida es un complemento a la otra garantía normativa por excelencia de los derechos: la reserva de ley; produciéndose lo que doctrina germana denomina un “límite de los límites” que el legislador imponga a los derechos al producirse la regulación, delimitación, limitación o restricción de éstos.

Constituye la garantía de la esencia de los derechos una parte tan importante del derecho, que sin ella el derecho “no es reconocible” o se “transmuta” en otro. Está conformado por las características determinantes del contenido del derecho, cuya desaparición determinaría, per se, en una transmutación de éste, que dejaría de ser lo que es para pasar a ser algo distinto.

Por eso, como garantía, el contenido esencial protege al derecho no contra cualquier modificación o intervención, sino contra aquellas medidas que impliquen su menoscabo, desaparición, anulación o destrucción, es decir, una “desnaturalización sustancial de la institución”, o analógicamente de la desconstitucionalización o fraude de la Constitución.

Si bien la potestad legislativa es absolutamente plena (constituye un derecho y un deber), en el marco general del respeto al texto constitucional, para normar el desarrollo de los derechos y libertades tiene como límite el respeto al contenido esencial del derecho, su núcleo sustancial.

La garantía del contenido esencial tiene la funcionalidad específica de servir de límite a los poderes y potestades legislativas. Dicha garantía es un “límite al legislador”, que lo “obliga” a respetar el contenido esencial de los derechos y libertades, impidiendo que con su actividad los “vacíe” de contenido. Juega como restricción de la potestad

legislativa ordinaria, haciendo una “llamada de atención al legislador” que lo “vincula” de manera más rigurosa a la Constitución.

Apelando a una conocida fórmula extraída de la doctrina alemana, la doctrina comparada afirma que la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales es un “límite de los límites”; un límite último, residual e infranqueable de cualesquiera límites propios de los derechos fundamentales o que legítimamente puedan ser impuestos a éstos.

La expresión ha sido identificada también con la necesidad de que, en la limitación legislativa, se hallen estrictamente prohibidas o bajo interdicción, la arbitrariedad y la desproporción.

Por ello, mantener a la actividad económica vinculada al tabaco como una actividad lícita en Chile, no prohibiendo su consumo, y al mismo tiempo prohibir cualquier tipo de publicidad relacionada con los productos de tabaco, o de elementos de su marca, aparece a todas luces esta última, una medida desproporcionada y poco razonable, que en los hechos destruye a la actividad económica vinculada al tabaco.

III.- MI PARECER

En el acápite anterior reproduce el núcleo del principal reproche de constitucionalidad dirigido contra la prohibición total de la publicidad del tabaco.

Se trata, como puede apreciarse, de un razonamiento serio y plausible. Como ocurre tan frecuentemente, además, estamos ante un asunto controvertido respecto del cual, más que hablar de verdades evidentes, los constitucionalistas tenemos que desplegar el esfuerzo de ofrecer el mejor argumento.

Después de estudiar este asunto, he llegado a la conclusión que la Constitución Política vigente no es obstáculo para que el legislador adopte, respecto de la industria del tabaco, el tipo de prohibiciones que contemplan los primeros cuatro incisos del artículo 3 que se propone.

La primera defensa de la constitucionalidad consistiría en afirmar que, aún cuando se trata de una cortapisa severa e intensa, la referida prohibición sigue, sin embargo, inscribiéndose en el marco de las restricciones o limitaciones a que puede ser sometido, por el legislador, el ejercicio de un derecho fundamental.

En esta línea, siempre será posible argumentar que frente a las exigencias de la libertad económica y el derecho de propiedad, la ley puede oponer las demandas del derecho a la vida, el derecho a la salud y, en general, del Bien Común. La prueba de la blancura constitucional radicaría en acreditar que las restricciones satisfacen el llamado Test de Proporcionalidad, esto es, que existe fin legítimo, fundamento suficiente, idoneidad y necesidad de los medios y equilibrio entre lo que se gana y pierde en materia de derechos.

Sin perjuicio que hay varios tribunales constitucionales, como el colombiano en 2010, que han terminado por validar este tipo de prohibiciones en base a la aplicación de algún tipo de juicio proporcionalidad; en lo personal, creo preferible asumir de entrada que los críticos tienen algo de razón cuando señalan que la prohibición de la que estamos hablando es una medida que, precisamente por su severidad e intensidad, excede los márgenes de la limitación/restricción. Y, en ese sentido, alguien podría pensar que se produce una violación al contenido esencial de los derechos.

Mi diferencia con quienes impugnan la constitucionalidad del artículo 3° nace, sin embargo, bastante antes de la evaluación de la intervención legislativa. Mi punto es que esta severa imposición no está impactando en el ejercicio de un derecho fundamental a la libertad económica.

Cualquier definición sobre esta ley tiene que partir por asumir que el orden constitucional chileno no es neutro sobre el valor de la industria del tabaco. En la medida en que Chile ha ratificado la Convención Marco de la OMS sobre control del tabaquismo, todos los órganos del Estado han asumido el deber de respetar y promover el derecho humano a ser protegido contra esta epidemia.

Los principios y reglas de la Convención indicada se han incorporado en el orden público chileno. Por lo mismo, quienes se dedican al negocio del cigarro no pueden sino saber que ya no pueden seguir esgrimiendo en su favor todas y cada una de las garantías de la libertad económica, como si fueran productores de libro u oferentes de electrodomésticos.

Jurídicamente, la industria del tabaco se encuentra, entonces, en una situación homologable a la de quienes fabrican o venden armas. Esto es, sujetos a un estrictísimo régimen de control. Se trata de actividades lícitas, en cuanto no prohibidas, pero no por ello dotadas del haz pleno de facultades complementarias de que gozan otros emprendimientos.

La clave, entonces, consiste en despejar el error consistente en hacer equivalente la licitud de una conducta con la identificación de un derecho fundamental.

Muchas son las razones que pueden llevar a una sociedad a estimar que existen conductas negativas que, sin embargo, no deben ser prohibidas (respeto a la privacidad, consideraciones prácticas, etc.). Esta aceptación o tolerancia no trae aparejado, sin embargo, el estatus de derecho fundamental.

Pongamos algunos ejemplos. Del hecho que sea legalmente lícito el suicidio (no se castiga el suicidio frustrado), no se sigue que no pueda, o no deba, sancionarse el auxilio al suicidio. Ni menos aún, podría alguien pretender publicitar por los medios de comunicación un método “atractivo e indoloro para pasar a mejor vida”. Del hecho que no sea delito ofrecer servicios sexuales por dinero, no se sigue que no pueda castigarse el proxenetismo. Ni menos aún puede deducirse que de la licitud de la prostitución se desprende que exista el derecho fundamental a publicitar una empresa de “acompañantes”.

El derecho fundamental amplio consiste en libertad para realizar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional. En la medida que el orden público chileno asume un claro compromiso con la reducción progresiva de la incidencia del tabaquismo, con la inmunización de los menores frente a la adicción y la protección de los fumadores pasivos, no puede sino desprenderse que existe base constitucional no solo para la regulación y la restricción, sino que también para el control y, de ser practicable, la prohibición.

De esta manera, y del mismo modo que se controla la venta de fuegos artificiales, de hilo curado o de armas de fuego, se puede controlar, también, el tabaco. Esta caracterización permite imponer gravámenes y prohibiciones que, indudablemente, no podrían ser aplicados a ejercicios de libertad económica compatibles con el orden público chileno.

En muchos aspectos, el planteamiento explicado recoge ideas contenidas en los fallos de la Corte Suprema de Canadá de 1995 sobre este tema (RJR-Macdonald INC. V. Canada) y del Tribunal Constitucional Peruano de Julio de 2011 (5.000 ciudadanos contra ley 28.705).

Estoy consciente que mi juicio constitucional contradice la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana. Me parece, sin embargo, que tanto las peculiaridades de la muy discutible tesis del *Commercial Speech* (extrapolar las garantías de la Primera Enmienda al marketing comercial) que subyace a esa jurisprudencia como el hecho que dichos fallos no consideran la Convención Marco de la OMS, impiden importar a Chile esa doctrina jurídica.

En suma, y para concluir, debo señalar que no veo ningún problema constitucional para que Chile adopte la prohibición total y completa de la publicidad del tabaco. Del mismo modo, no veo problema para que, con el objeto de cerrar la puerta a resquicios y subterfugios, la ley considere, también, la prohibición de la llamada publicidad indirecta.

Al revisar los incisos segundo y tercero del artículo 3° no aprecio problemas de inconstitucionalidad. Sería positivo, sí, reemplazar el uso de la palabra *placement* por algún término o definición en castellano.

Al momento de ir cerrando esta breve Opinión Legal quisiera indicar que el último inciso del artículo 3° debiera ser objeto de una corrección profunda. Tal como está es muy vago y difuso, remite a términos que nuestra ley no define (cabildeo o responsabilidad empresarial) e incurre, además, en el absurdo de imponer a las empresas tabacaleras la obligación de informar sobre gastos en que no pueden incurrir (“promoción”). Estas ambigüedades son de tal entidad que comprometen la constitucionalidad, desde el momento en que este trato distinto aparece como discriminatorio e injustificado.

Concretamente, sugiero un inciso que disponga algo así como lo siguiente.

Las compañías tabacaleras deberán informar anualmente al Ministerio de Salud el detalle de las donaciones efectuadas así como de los gastos en que hayan incurrido con ocasión de convenios o asociaciones con entidades del Estado, organizaciones deportivas, comunitarias, culturales, entidades académicas y organizaciones no gubernamentales.

ANEXO II

INFORME EN DERECHO ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD
DEL PROYECTO DE LEY CONTENIDO EN EL BOLETIN 7914-11
QUE MODIFICA LEY N° 19.419, EN MATERIA DE AMBIENTES
LIBRES DE HUMO DE TABACO

Ángela Vivanco Martínez

Profesora de Derecho Constitucional¹

I INTRODUCCIÓN

1.- Solicitud del Informe en Derecho

La División de Políticas Públicas Saludables y Promoción del Ministerio de Salud ha solicitado a la suscrita la elaboración de un informe en Derecho acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley contenido en el Boletín 7914-11 que modifica la Ley N° 19.419, en materia de ambientes libres de humo de tabaco, el cual se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional en el Honorable Senado de la República. En la elaboración del informe se ha solicitado, además, se tengan a la vista dos informes en Derecho realizados e incorporados en la discusión parlamentaria que abordan eventuales vicios de constitucionalidad del proyecto de ley.

¹ La autora es profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

El informe se ha realizado, de acuerdo a los parámetros solicitados, teniendo a la vista los textos referidos, las fórmulas del Derecho Comparado que tocan esta temática, la doctrina y jurisprudencia nacionales que versan sobre este tema y los principios generales del Derecho Público que deben considerarse en esta perspectiva.

2.- El proyecto en tramitación

Boletín 7914-11

Título: Modifica Ley N° 19.419, en materia de ambientes libres de humo de tabaco.

Origen: Cámara de Diputados.

Urgencia: Urgencia simple.

Estado actual: En segundo trámite constitucional en el Honorable Senado de la República, para discusión en particular.

Ideas matrices del proyecto:

- a) "El Convenio en comento reconoce la necesidad de dar prioridad al derecho de proteger la salud pública, así como también la naturaleza única de los productos de tabaco y los daños que causa su consumo. En consecuencia, dicho tratado insta a los Estados Parte a tomar medidas para proteger a los no fumadores y promover ambientes libres de humo de tabaco, advirtiéndolo acerca de los daños que provoca el consumo de dichos productos e impidiendo su consumo por parte de los menores de edad, entre otras medidas"².

² Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), adoptado durante la 56ª Asamblea Mundial por la unanimidad de los Estados Miembros de la OMS, ratificado por Chile el año 2005, entrando en vigencia en nuestro país el 10 de septiembre de ese año.

- b) "En ese contexto, las modificaciones introducidas a la ley N° 19.419 a través de la ley N° 20.105, implementaron las disposiciones del tratado³. Sin perjuicio de ello, la posterior dictación de directrices oficiales, nos impulsan a continuar el proceso de modificación de nuestra legislación en materia de exposición al humo del tabaco".
- c) * la experiencia acumulada en el decenio recién pasado mostró que sólo se avanzó en la reducción de los índices de consumo del tabaco en la segunda mitad de dicho período, coincidiendo con la entrada en vigencia de la normativa legal sobre la materia. Sin embargo, el estancamiento en los índices de prevalencia de su consumo a nivel de la población general y en los escolares, junto a la mantención de una alta prevalencia en adultos jóvenes, hacen necesario que la ley consagre nuevos mecanismos para proteger a la población de la exposición al humo de tabaco en los lugares de uso público y colectivo".

El propósito del proyecto es reducir los índices de tabaquismo, sobretudo en menores de edad. Por otro lado, busca hacer más eficiente la ley mejorando las definiciones, menores de edad, publicidad, advertencias y ambientes libres de tabaco.

Tramitación del Proyecto:

- a) El proyecto aprobado en la Honorable Cámara de Diputados fue enviado al Senado, en su calidad de Cámara Revisora, el 18 de Enero de 2012.

³ Desde la dictación de la ley ha habido a lo menos 15 intentos de modificación.

- b) En el Senado se dispuso el proyecto pasara a la Comisión de Salud para primer informe, el cual fue entregado el 10 de Abril de 2012.
- c) El Proyecto fue aprobado en general en sala el 25 de mayo de 2012.
- d) Tras abrirse plazo para indicaciones, el proyecto va a segundo informe a la Comisión de Salud, la cual despacha su cometido el 28 de Agosto de 2012, y se acuerda que luego de éste, el informe vaya a la Comisión de Agricultura, la cual despacha su informe con fecha el 16 de Octubre de 2012, tras la apertura de un nuevo plazo para presentar indicaciones⁴.
- e) El 30 de Octubre de 2012 la Sala del Senado acuerda: Enviar el proyecto a la Comisión de Salud para que complemente su segundo informe, en referencia al numeral 4 del número 10 (lugares en que se prohíbe fumar), fijándose plazo para indicaciones respecto de dicha norma hasta el 6 de Noviembre, y asimismo dispone que el proyecto sea revisado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento para que informe sobre la constitucionalidad del artículo 3°, contenido en el numeral 3.
- f) En vista de lo anterior, el día 30 de octubre de 2012 queda pendiente la discusión en particular del proyecto de ley, segundo trámite constitucional.

3.- Preceptos del proyecto que se analizarán en el presente informe⁵

TEXTO LEGAL VIGENTE	TEXTO FINAL
Artículo 1°.- Regúlanse por esta ley las actividades a que ella se refiere y que recaen sobre los productos	1) Reemplázase en el artículo 1° la expresión "productos

⁴ El informe comparado de la Comisión de Agricultura de Senado de fecha 16 de Octubre de 2012 es el que se tiene a la vista en la realización de este informe.

⁵ De acuerdo al comparado ya referido en la cita anterior. Se indica el texto original de la ley vigente y el texto como queda aprobado luego del informe de la Comisión de Agricultura.

TEXTO LEGAL VIGENTE	TEXTO FINAL
hechos con tabaco para el consumo humano.	hechos con tabaco" por "productos de tabaco".
Artículo 2°.- Para todos los efectos legales se entenderá por: a) Publicidad del tabaco: Toda forma de promoción, comunicación, recomendación, propaganda, información o acción con el fin o el efecto de promover un producto hecho con tabaco o el consumo de tabaco; b) Industria tabacalera: Comprende a fabricantes, distribuidores mayoristas e importadores de productos hechos con tabaco; c) Productos hechos con tabaco: Cualquier producto que contenga o sea preparado totalmente o en parte utilizando como materia prima hojas de tabaco; d) Aditivo: Cualquier sustancia, con excepción de las hojas de tabaco u otra parte natural o no procesada de la planta de tabaco, utilizada en la preparación de un producto de tabaco y que esté presente en el producto final, aun cuando se hubiere alterado su forma, incluidos papel, filtros, impresos y adhesivos.	2) En el artículo 2°: a) Reemplázase en la letra b) la frase "productos hechos con tabaco" por "productos de tabaco". b) Sustitúyese la letra c) por la siguiente: "c) Productos de tabaco: los productos preparados totalmente o en parte utilizando como materia prima hojas de tabaco y destinados a ser fumados, chupados, mascados o aspirados;" d) Incorpórase la siguiente letra d), nueva, pasando la actual letra d) a ser e): "d) Espacio interior o cerrado: Aquel espacio cubierto por un techo o cerrado entre una o más paredes o muros, independientemente del material utilizado, de la existencia de puertas o ventanas y de que la estructura sea permanente o temporal."

TEXTO LEGAL VIGENTE	TEXTO FINAL
Artículo 3°.- Se prohíbe la publicidad del tabaco o de elementos de la marca relacionados con dicho producto, salvo al interior de los lugares de venta. Al exterior de dichos lugares sólo se podrá comunicar al público la venta de productos hechos con tabaco mediante avisos diseñados por el Ministerio de Salud y establecidos por decreto supremo. Se prohíbe, asimismo, la publicidad en las señales internacionales de los medios de comunicación chilenos o de páginas de internet cuyos dominios correspondan a la terminación "punto cl".	3) Sustitúyese el artículo 3° por el siguiente: "Artículo 3°.- Se prohíbe la publicidad del tabaco y de elementos de las marcas relacionados con dicho producto. La prohibición indicada se extiende en los mismos términos y con los mismos efectos a la publicidad indirecta realizada por medio de placement financiado por la industria del tabaco, donde se muestra en medios de comunicación masiva el consumo de productos o marcas de productos hechos de tabaco. Del mismo modo, se prohíbe en programas transmitidos en vivo, por televisión o radio, en el horario permitido para menores, la aparición de personas fumando o señalando características favorables al consumo de tabaco. Asimismo, se prohíbe la publicidad en las señales internacionales de los medios de comunicación chilenos o de páginas de internet cuyos dominios correspondan a la terminación "punto cl". Las compañías tabacaleras deberán informar anualmente al Ministerio de Salud el detalle de sus gastos destinados a promoción y cabildeo, los destinatarios de sus recursos y sus contratos, y los convenios y alianzas estratégicas con agrupaciones o empresas de otros giros comerciales, incluyendo sus actividades desarrolladas bajo el rótulo de responsabilidad social empresarial."
Artículo 4°.- Se prohíbe la comercialización, el ofrecimiento, distribución o entrega a título gratuito de los productos hechos con tabaco a las personas menores de 18 años de edad. Las máquinas expendedoras automáticas de este tipo de productos sólo podrán instalarse en establecimientos, lugares o recintos a los cuales, por disposición de la ley, no tengan acceso los menores de edad.	4) En el artículo 4°: a) Reemplázase, en el inciso primero, la frase "hechos con tabaco" por "de tabaco".

TEXTO LEGAL VIGENTE	TEXTO FINAL
Se prohíbe cualquier forma de publicidad de productos hechos con tabaco en lugares que se encuentren a menos de 300 metros de distancia de los establecimientos de enseñanza básica y media, incluyendo los lugares de venta, salvo lo relativo a los avisos indicados en el artículo anterior. Se prohíbe asimismo, la venta de estos productos en aquellos lugares que se encuentren a menos de 100 metros de distancia de dichos establecimientos. La distancia se medirá desde cada puerta de acceso de los respectivos establecimientos, por aceras, calles y espacios de uso público. En ningún caso podrán venderse cigarrillos unitariamente o en paquetes que contengan una cantidad inferior a diez.	b) Reemplázase el inciso segundo por el siguiente: “Se prohíbe la venta de estos productos en aquellos lugares que se encuentren a menos de cien metros de distancia de los establecimientos de educación básica y media. La distancia se medirá desde cada puerta de acceso de los respectivos establecimientos, por aceras, calles y espacios de uso público.”. c) Intercálase el siguiente inciso tercero, pasando el actual inciso tercero a ser cuarto: “Se prohíbe la venta de productos de tabaco al interior de los establecimientos de salud, sean públicos o privados.”.
Artículo 5°.- Se prohíbe ofrecer o proporcionar cualquier compensación, directa o indirecta, por la compra de productos hechos con tabaco, tales como la donación, bonificación o reembolso de dinero en efectivo o el derecho a participar en un juego, sorteo o concurso, así como la distribución de dichos productos sin compensación monetaria. Artículo 6°.- Todo envase de los productos hechos con tabaco, sean	5) Sustitúyese en el artículo 5° la expresión “hechos con tabaco” por “de tabaco”.

TEXTO LEGAL VIGENTE	TEXTO FINAL
nacionales o importados destinados a su distribución dentro del territorio nacional, y toda acción publicitaria de los mismos, cualquiera sea la forma o el medio en que se realice, deberán contener una clara y precisa advertencia de los daños, enfermedades o efectos que, para la salud de las personas, implica su consumo o exposición al humo del tabaco. Esta advertencia tendrá una vigencia de 12 meses, deberá ser diseñada por el Ministerio de Salud y establecida mediante decreto supremo de este Ministerio, la cual será impresa en las cajetillas o en cualquier envase y no podrá, en ningún caso, ser removible. En el caso de productos importados, deberá ser adherida de manera que no pueda ser despegada fácilmente. En el caso de los paquetes de cigarrillos o cigarros, bolsas o paquetes de productos hechos con tabaco, esta advertencia deberá figurar en las dos caras principales y ocupar el 50% de cada una de ellas. La advertencia se colocará en la parte inferior de cada cara. El decreto indicado establecerá una o más advertencias sucesivas, que podrán ser diseñadas con dibujos, fotos o leyendas. Durante el plazo señalado para cada advertencia, ésta deberá figurar en toda la producción nacional o la importada destinada a su distribución dentro del territorio nacional. Si al entrar en vigencia una nueva advertencia quedaran saldos en bodega con la advertencia anterior, para su distribución se deberá solicitar autorización a la Autoridad Sanitaria que corresponda a la casa matriz del fabricante o importador. Esta excepción sólo podrá alcanzar hasta	En el artículo 6°: a) Sustitúyese, en el inciso primero, la locución "hechos con tabaco" por "de tabaco"; la frase ", y toda acción publicitaria de los mismos, cualquiera sea la forma o el medio en que se realice, deberán" por la palabra "deberá" y la expresión "de 12 meses" por la frase "mínima de doce meses y máxima de veinticuatro meses". b) Reemplázase, en el inciso segundo, la locución "hechos con tabaco" por "de tabaco". c) Sustitúyese el inciso tercero, por el siguiente: "El decreto indicado establecerá entre dos y seis advertencias, que podrán ser diseñadas con dibujos o fotografías y leyendas. El referido decreto entrará en vigencia tres meses después de su publicación. Durante el plazo señalado en el inciso primero, éstas deberán figurar en toda la producción nacional y la importada destinada a su distribución dentro del territorio nacional, en forma simultánea."

TEXTO LEGAL VIGENTE	TEXTO FINAL
un monto equivalente a la producción distribuida durante el mes anterior. Los avisos publicitarios en los lugares de venta no podrán ser superiores a dos metros cuadrados y la advertencia confeccionada en los términos de este artículo deberá ocupar el 50% del aviso.	d) Intercálanse los siguientes incisos cuarto y quinto, pasando el actual inciso cuarto a ser sexto: "Los productores, comercializadores o distribuidores deberán incorporar las advertencias en similares porcentajes en el total de los productos de tabaco que cada uno de ellos produzca, comercialice o distribuya. Para dicho fin, al inicio de la vigencia de las advertencias, informarán por escrito al Ministerio de Salud las cantidades de productos de tabaco respectivos y la distribución de las advertencias en ellos. Toda modificación a la información señalada deberá ser comunicada al Ministerio de Salud de inmediato. Si al entrar en vigencia las nuevas advertencias quedaran saldos en bodega con las advertencias anteriores, para su distribución se deberá solicitar autorización a la Autoridad Sanitaria que corresponda a la casa matriz del fabricante o importador. Esta excepción sólo podrá alcanzar hasta un monto equivalente a la producción distribuida durante el mes anterior." e) Sustitúyese el inciso cuarto, que ha pasado a ser sexto, por el siguiente: "Las advertencias sanitarias deberán estar siempre a la vista, en todos los puntos de venta de productos de tabaco".
Artículo 9º.- La casa matriz del fabricante o el importador de los productos hechos con tabaco deberán informar anualmente al Ministerio de Salud, según éste lo determine, sobre sus constituyentes y los aditivos que se incorporan a ellos, en calidad y cantidad, así como las sustancias utilizadas para el tratamiento del tabaco.	8) Reemplázase el artículo 9º por el siguiente: <i>"Artículo 9º.- La casa matriz del fabricante o el importador de los productos de tabaco deberán informar anualmente al Ministerio de Salud, según éste lo determine, sobre sus constituyentes y los aditivos que se incorporan a ellos, en calidad y cantidad, así como las sustancias utilizadas para el tratamiento del tabaco. No podrán comercializarse los productos de tabaco que contengan aditivos que no hayan</i>

TEXTO LEGAL VIGENTE	TEXTO FINAL
El Ministerio de Salud podrá prohibir el uso de los aditivos y sustancias que aumenten el daño o riesgo del consumidor de dichos productos, y establecer los límites máximos permitidos de las sustancias contenidas en los productos hechos con tabaco. Asimismo, fijará las normas sobre difusión de la información referida a los aditivos y sustancias incorporadas al tabaco y sus efectos en la salud de los consumidores. Los envases de cigarrillos deberán expresar clara y visiblemente en una de las caras laterales los principales componentes de este producto en los términos establecidos por el Ministerio de Salud.	<i>sido previamente informados al Ministerio de Salud.</i> <i>El Ministerio de Salud podrá prohibir el uso de aditivos y sustancias que se incorporen al tabaco en el proceso de fabricación de los productos a los que se refiere esta ley, destinados a ser comercializados en el territorio nacional, cuando tales aditivos y sustancias aumenten los niveles de adicción, daño o riesgo en los consumidores de dichos productos. Además, en los casos mencionados anteriormente, podrá establecer los límites máximos permitidos de las sustancias contenidas en los productos de tabaco. Asimismo, fijará las normas sobre difusión de la información referida a los aditivos y sustancias incorporadas al tabaco y sus efectos en la salud de los consumidores.</i> <i>Los envases de cigarrillos deberán expresar clara y visiblemente en una de las caras laterales los principales componentes de este producto en los términos establecidos por el Ministerio de Salud.”.</i>
Artículo 10.- Se prohíbe fumar en los siguientes lugares, incluyendo sus patios y espacios al aire libre interiores: a) establecimientos de educación prebásica, básica y media; b) recintos donde se expendan combustibles; c) aquéllos en que se fabriquen, procesen, depositen o manipulen explosivos, materiales inflamables, medicamentos o alimentos;	9) Sustitúyese el artículo 10, por el siguiente: “Artículo 10.- Se prohíbe fumar en los siguientes lugares: a) Todo espacio cerrado que sea un lugar accesible al público o de uso comercial colectivo, independientemente de quien sea el propietario o de quien tenga derecho de acceso a ellos. b) Espacios cerrados o abiertos, públicos o privados, que correspondan a dependencias de: 1. Establecimientos de educación parvularia, básica y media.

TEXTO LEGAL VIGENTE	TEXTO FINAL
d) medios de transporte de uso público o colectivo; e) ascensores.	2. Recintos donde se expendan combustibles. 3. Aquellos lugares en que se fabriquen, procesen, depositen o manipulen explosivos, materiales inflamables, medicamentos o alimentos. 4. Recintos deportivos, gimnasios y lugares en que se presenten espectáculos culturales y musicales. c) Medios de transporte de uso público o colectivo, incluyendo ascensores.”.
Artículo 11.- Se prohíbe fumar en los siguientes lugares, salvo en sus patios o espacios al aire libre: a) al interior de los recintos o dependencias de los órganos del Estado. Sin embargo, en las oficinas individuales se podrá fumar sólo en el caso que cuenten con ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior; b) establecimientos de educación superior, públicos y privados; c) establecimientos de salud, públicos y privados; d) aeropuertos y terrapuertos; e) teatros, cines, lugares en que se presenten espectáculos culturales y musicales, salvo que sean al aire libre; f) gimnasios y recintos deportivos; g) centros de atención o de prestación de servicios abiertos al público en	10) Sustitúyese el artículo 11, por el siguiente: “Artículo 11.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, se prohíbe fumar en los siguientes lugares, salvo en sus patios o espacios al aire libre: a) Establecimientos de educación superior, públicos y privados. b) Aeropuertos y terrapuertos. c) Teatros y cines.

TEXTO LEGAL VIGENTE	TEXTO FINAL
general; h) supermercados, centros comerciales y demás establecimientos similares de libre acceso al público. En los lugares anteriormente enumerados, podrá existir una o más salas especialmente habilitadas para fumar, con excepción de los casos que señala la letra c). Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, iguales reglas se aplicarán tratándose de empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad, en conformidad a las normas del Código del Trabajo. En los lugares de trabajo de propiedad de particulares no comprendidos en el artículo 10 y en los incisos precedentes, la existencia de prohibición de fumar o la determinación de sitios y condiciones en que ello se autorizará serán acordadas por los respectivos propietarios o administradores, oyendo el parecer de los empleados.	d) Centros de atención o de prestación de servicios abiertos al público en general. e) Supermercados, centros comerciales y demás establecimientos similares de libre acceso al público. f) Establecimientos de salud, públicos y privados, exceptuándose los hospitales de internación psiquiátrica que no cuenten con espacios al aire libre o cuyos pacientes no puedan acceder a ellos. g) Dependencias de órganos del Estado. h) Lugares de trabajo, públicos o privados. i) Pubs, restaurantes, discotecas y casinos de juego. Se deberán habilitar, en los patios o espacios al aire libre, cuando ellos existan, lugares especiales para fumadores en los casos indicados en las letras f) y g) del inciso anterior. Para dicho efecto, el director del establecimiento o el administrador general del mismo, será responsable de establecer un área claramente delimitada, procurando siempre que el humo de tabaco que se genere no alcance las

TEXTO LEGAL VIGENTE	TEXTO FINAL
	dependencias internas de los establecimientos de que se trate. Con todo, siempre el director del establecimiento o su administrador general podrá determinar que se prohíba fumar en lugares abiertos de los establecimientos que dirijan o administren.”

II MARCO CONSTITUCIONAL DE LA NORMATIVA SOBRE TABACO

1.- Obligaciones del Estado ante los Derechos Fundamentales

El marco constitucional de la normativa que se ha ido dictando en numerosos países sobre el tabaco se corresponde con la visión constitucional de las obligaciones del Estado en relación con los derechos fundamentales de las personas, dado que la investigación biomédica ha arrojado resultados incuestionables y recogidos por las organizaciones internacionales acerca de las consecuencias del consumo de tabaco en los seres humanos⁶; “los derechos fundamentales implican una multiplicidad de obligaciones de distinta naturaleza a cargo del Estado, que van desde la no intervención o no afectación del goce de un bien (el *no hacer*), hasta distintos grados de *hacer* que implican mayor o menor aportación de recursos. Así, se habla de distintos *niveles* de obligaciones a cargo del Estado: la obligación de *respetar* –esto es, de no afectar–, la obligación de *proteger* –cuidar que terceros no afecten–, obligaciones de *garantizar* –asegurar que el titular de un derecho acceda a un bien determinado–, y finalmente, obligaciones de *promover* –establecer condiciones para que los titulares del

⁶ Como lo cita la exposición de motivos de la Ley 28/2005 de España: “Según los datos de la organización mundial de la salud (OMS), el consumo de tabaco es responsable del 90 por 100 de la mortalidad por cáncer de pulmón, del 95 por 100 de las muertes por enfermedad pulmonar obstructiva crónica, del 50 por 100 de la enfermedad cardiovascular y del 30 por 100 de las muertes que se producen por cualquier tipo de cáncer”.

derecho accedan a un bien—. No todo derecho implica todo nivel de obligación, pero distintos niveles normalmente se ven involucrados en hacer efectivo cada derecho. /Si enfocamos –por ejemplo– el derecho a la salud en relación con la regulación del tabaco y el control de la epidemia del tabaquismo, nos encontramos con que el Estado tiene los cuatro niveles de obligación. El Estado debe *respetar* el derecho a la salud, por ejemplo, absteniéndose de realizar acciones que dañen la salud –tales como la difusión de campañas publicitarias que promuevan el tabaquismo, como “El paraíso de los fumadores”–; debe *proteger* la salud, por ejemplo, tomando medidas para que los no fumadores no se vean expuestos al humo secundario del tabaco; debe *garantizar* la salud, por ejemplo, proveyendo servicios médicos para tratar las enfermedades derivadas del tabaquismo; y finalmente, debe *promover* la salud, estableciendo clínicas y programas para tratar el tabaquismo o realizando campañas (serias) de concientización sobre los efectos del tabaquismo⁷.

Dentro de las posibilidades de acción del Estado ya descritas, cobra especial importancia resaltar, sobre todo, el segundo nivel: “la *protección* de los derechos fundamentales afectados por la epidemia del tabaquismo. Como mínimo, la protección de dichos derechos implica el establecimiento de un marco normativo que regule las actividades vinculadas al tabaquismo en forma tal que se eviten o minimicen los efectos nocivos del tabaquismo en la población –fumadores y no fumadores–/ La explicación hasta aquí expuesta sirve para ubicarnos: la restricción del consumo tabaco mediante la legislación opera en el nivel de *protección* de los derechos fundamentales involucrados y, en este nivel, constituye el *mínimo* que el Estado debe proveer. Antes que prestar servicios de salud como el tratamiento, el Estado está obligado, al menos, a regular al tabaco de forma tal que se permita abatir, en forma eficaz, los efectos nocivos del tabaquismo⁸.

⁷ ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS: “Sobre la constitucionalidad de la regulación del tabaco en México”, *Salud Pública Mex* 2008;50 supl 3:S323-S333.

⁸ Idem. Ello es plenamente compatible con el artículo 4º numeral 1 del Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco: “Todos deben estar informados de las consecuencias sanitarias, la naturaleza adictiva y la amenaza mortal del consumo de tabaco y de la exposición al humo de

2.- El derecho a la protección de la salud y libre desarrollo de la personalidad

En consecuencia con lo expresado en el numeral anterior, un primer peldaño de la justificación constitucional de dictar una normativa restrictiva acerca del tabaco se relaciona sin duda con el derecho a la protección de la salud, garantía contemplada en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 9, la cual importa no solamente garantizar a las personas el acceso a las acciones curativas y rehabilitadoras de la salud, sino un compromiso con la promoción de la salud y la prevención de enfermedades.

Sobre tal protección se plantean dos interrogantes atinentes a la normativa que nos ocupa: las restricciones al consumo del tabaco ¿han de referir necesariamente al derecho a la protección de la salud de los terceros no consumidores, que pasan a ser fumadores pasivos, o también dan cuenta de un afán del legislador por proteger los derechos del propio consumidor de tabaco? Resulta esclarecedor, en la materia, un reciente fallo del Tribunal Constitucional del Perú⁹, en el cual se manifiesta lo siguiente:

*40. (podría considerarse que) dado que el fumar forma parte del libre desarrollo de la personalidad, el Estado tiene el deber de incurrir en los referidos costos sanitarios, sin adoptar medidas para evitarlos o reducirlos. Este cuestionamiento, no obstante, incurriría en un claro error, puesto que las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad que el Estado está obligado a proteger y promover, son aquellas necesarias para la cobertura de necesidades básicas para el ejercicio de su autonomía moral (bienes primarios), mas no las manifestaciones de ésta que se reduzcan a cubrir los intereses o placeres de la persona que no son consustanciales para su plan vital (bienes secundarios). De hecho, la dañosidad objetiva de muchas de estas manifestaciones –no solo para quien las realiza, sino, a veces también, indirectamente, para terceros– si bien *prima facie* no

tabaco y se deben contemplar en el nivel gubernamental apropiado medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas para proteger a todas las personas del humo de tabaco”.

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: Fallo recaído en requerimiento contra artículo 3° de la Ley No. 28705 —Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, EXP. N.° 00032-2010-PI/TC, 19 de Julio de 2011.

podrían ser prohibidas de modo absoluto a efectos de no afectar el contenido esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, si pueden ser abiertamente desmotivadas por el Estado.

- *41. Por ello, una cosa es reconocer que presentada la demanda de atención médica originada por el consumo de tabaco, en aplicación del artículo 7º de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de protección de la salud, el Estado tiene el deber de atenderla, y otra, muy distinta, sostener que el Estado no tiene la prerrogativa de adoptar todas las medidas que sean necesarias para reducir significativamente los costos que genera una conducta que, por vía indirecta, está reduciendo la capacidad del Estado de cumplir con su esencial deber de proteger y garantizar los derechos fundamentales de toda la población (artículo 44º de la Constitución).
- *42. En consecuencia, la finalidad de reducir los costos sanitarios que genera el tratamiento de las enfermedades producidas por el tabaco, por vía de reducir significativamente su consumo, a través de las prohibiciones de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores y de que se fume en las áreas abiertas de los centros educativos solo para adultos, es constitucionalmente válida
- *50. establecido que una de las reglas que subyace al reconocimiento de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a las libertades de conciencia y expresión, es la imposibilidad de que el Estado instaure medidas jurídicas paternalistas, es preciso destacar que dicha regla, como todas en el Estado Constitucional, no es absoluta, sino *prima facie*. Y es que tal como ha referido Francisco Laporta, es posible convenir en "supuestos en que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria" (cfr. *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México D. F., 1993, p. 54), o, como dice Ernesto Garzón Valdés, en que ella puede llegar a tener "un elevado grado de plausibilidad" (cfr. "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?, en *Doxa*, N.º 5, 1998, p. 156), o, en palabras de Carlos S. Nino, en que ella se encuentra "ampliamente justificada" (cfr. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2da. edición, 2da. reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 414). Es decir, bajo ciertas circunstancias excepcionales, los poderes públicos pueden adoptar medidas que limiten el libre desarrollo de la personalidad, teniendo como exclusiva finalidad el bien de la propia persona limitada en su libertad.
- *54. cabe restringir la libertad del ser humano en su propio beneficio, cuando tal restricción sea de grado ínfimo y tenga por objeto evitar la producción de un daño objetivo, grave e irreparable a un derecho fundamental titularizado por la persona restringida en su autonomía. Así por ejemplo, la obligación de usar el cinturón de seguridad en los vehículos automotores, imponiendo una multa a quien no lo haga, restringe la libertad de aquél que

no lo haría por voluntad propia, pero se trata de un ámbito mínimo de libertad sacrificada, en aras de evitar un daño objetivo, grave y eventualmente irreparable a la propia vida o integridad física. Se trata de una medida paternalista justificada en el Estado Constitucional, pues dada la abierta diferencia entre la intensidad de sacrificio de la libertad y la intensidad de protección a la vida o la integridad física, cabe una ponderación abstracta por parte del legislador, que instaure una obligación general, por el bien de la propia persona obligada.

*59. — También es posible adoptar medidas que busquen re-direccionar la conducta de personas adultas, en su propio beneficio, si tales medidas se encaminan a evitar un posible daño grave e irreparable a sus derechos fundamentales y existen sospechas fundadas de que tal conducta no es consecuencia de una plena voluntad libremente manifestada, sino de algún elemento interno (compulsión interna) que la afecta sensiblemente. Es el caso de las personas que son adictas a alguna sustancia toxicológica. Y es que esta adicción puede evitar que la persona sea suficientemente capaz de advertir los riesgos graves que puede generar su acción en determinado ámbito de su vida, o, siendo capaz de advertir el referido riesgo, no es del todo capaz de, por propia voluntad, reencauzar su conducta con el propósito de evitarlo. En cualquier caso, incluso en estas circunstancias, el libre desenvolvimiento de la personalidad despliega cierto ámbito de su contenido protegido, por lo que difícilmente podrían justificarse medidas orientadas a sancionar la realización de la conducta auto-dañina, siendo solo posible la adopción de medidas que la desincentiven.

Así las cosas y sin pretender negar o desconocerla autonomía constitucional de los sujetos competentes, se pueden establecer restricciones a sus espacios de conducta libres, para salvaguardar la salud de terceros y también para proteger su propia salud, efectuando la adecuada ponderación que indique que la limitación es ínfima en relación con la trascendencia del derecho protegido y reconociendo que la adicción al tabaco, así como a otras sustancias, de suyo restringe el espacio autónomo del individuo, en la medida que aún con conocimiento de los efectos de su actuar, no logra impedirlo siempre por su sola voluntad.

De esta forma, la protección de la salud de la población – lo que nos hace un llamado al deber general de protección contenido en el artículo 1° de la Constitución – se vuelve una poderosa justificante tanto en lo que refiere a la salud general de ésta como a la salud de los consumidores de tabaco en particular, lo

cual es plenamente compatible con los compromisos internacionales adoptados por Chile en materia de protección de la salud frente al consumo de tabaco: El Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, ya citado, es en efecto un tratado sobre derechos humanos¹⁰, pues lo que busca proteger de manera clara, expresa y directa es el derecho fundamental a la protección de la salud, reconocido en la Constitución. En efecto, en la introducción del Convenio se señala que éste "representa una iniciativa pionera para el progreso de la acción nacional, regional e internacional y la cooperación mundial encaminada a proteger a la salud humana de los efectos devastadores del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco" y en el Preámbulo se enfatiza que uno de los principios que inspiran su dación, es la determinación de las Partes "a dar prioridad a su derecho de proteger la salud pública, reconociendo que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral". Del mismo modo, el Convenio enfatiza que tiene como sustento "el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en el que se declara que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" y "el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en el que se afirma que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social".

Por cierto, el hecho que se hayan hecho adaptaciones legislativas previas para ajustar nuestro ordenamiento jurídico al cumplimiento de esta Convención, bajo ninguna circunstancia puede considerarse como un impedimento para seguir haciendo otras que se estimen necesarias, pues la propia Convención establece la

¹⁰ Que forma parte del llamado bloque de constitucionalidad en virtud de lo preceptuado por el artículo 5° de nuestra Constitución.

necesidad de implementar planes progresivos e incluso estrategias a un cierto plazo para obtener los objetivos deseados.

3.- Normativa del tabaco y derecho a realizar actividades económicas

El artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental reconoce el derecho de las personas a desarrollar libremente actividades económicas que no sean contrarias a la moral, el orden público o la seguridad nacional, debiendo en todo caso el que las realice atenerse a la normativa legal que regula la actividad. Frente a este derecho que sin duda la industria tabacalera puede invocar en su beneficio, se ha planteado que la normativa restrictiva del tabaco podría llegar a afectar este derecho en su contenido esencial, lo cual estaría vedado en conformidad al artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental. Al respecto debemos tener a la vista importantes pronunciamientos constitucionales que pueden darnos una clave en la materia.

a) La Constitución debe interpretarse armoniosamente. Los derechos no son compartimentos estanco

* La interpretación institucional permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.

* Ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un "mínimo común axiológico", esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, "la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación (...) de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (...) De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente "cultivados" (la voz "cultura" como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución." (Häberle, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 34-35).

* Consecuentemente, será un imperativo de este Colegiado identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la *letra viva* que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro.

* Los fundamentos axiológicos de la Constitución -cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia; y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales. En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de "derecho", pues estará condenado al repudio social¹¹

b) Los derechos no son absolutos y, en consecuencia, pueden ser limitados

Los derechos fundamentales se reconocen y se ejercen en un ámbito social, en el cual las exigencias de la convivencia y de la armonización que la propia Carta Fundamental representa demandan la fijación de límites, los cuales refieren a su contenido esencial y también a las obligaciones que, como contrapartida, impone el sistema a sus titulares¹². Un ejemplo claro de lo

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, fallo de 11 de Noviembre de 2003.

¹² La primera categoría de limitaciones se refiere a aquellas restricciones que nacen del respeto por los derechos fundamentales de los demás sujetos, vale decir, de los demás miembros de la comunidad, circunstancia que impide a cada titular utilizar su derecho en perjuicio de otro. También involucra el cumplimiento del bien común. Al respecto, no debemos olvidar lo dispuesto en el art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "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, en una sociedad democrática". Al ser cada derecho un reflejo de la dignidad intrínseca de cada ser no es posible pensar en que una de estas prerrogativas esenciales pueda verse afectada por el ejercicio de otro derecho esencial. Preferir los derechos de uno en desmedro de los del otro, va a significar que se privilegia la dignidad de una persona en perjuicio de la dignidad de otro ser humano, lo que atenta, en definitiva, no sólo en contra de la razón sino que sobre todo, en contra de las bases mismas de la teoría de los derechos humanos. Por lo mismo, ya sea en uno o en otro caso, el ejercicio de un derecho, aun siendo éste un derecho fundamental, debe ser racional y sin dañar los legítimos intereses de otras personas. En caso contrario, su titular transgrede los contornos o fronteras que delimitan al derecho y, por lo mismo, su conducta deja de ser amparada por el ordenamiento jurídico.

"Una segunda categoría de limitaciones o restricciones son aquellas de carácter u origen material o físico, y que tienen que ver con las reales posibilidades del Estado, directamente o a través de las instituciones privadas que en virtud del principio de subsidiariedad colaboran con el mismo fin (AFP, Isapres, etc.), para responder a determinados derechos llamados "prestacionales" o de la "segunda generación"/Estas limitaciones se encuentran referidas exclusivamente a los derechos

anterior está constituido por las limitaciones al dominio que se imponen en numerosos ordenamientos jurídicos, las cuales pueden abarcar el dominio sobre derechos incorporales, tales como los contenidos en estatutos o en disposiciones contractuales:

* En este sentido, las limitaciones, como ha dicho esta Magistratura, "importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros" (Aylwin, Patricio; "Derecho Administrativo"; T. III; Editorial Universitaria; Santiago, 1959, pág. 169); han sido definidas como "aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último" (Rajevic, Enrique; "Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada"; en *Revista Chilena de Derecho*; Vol. 23 N° 1, pág. 46). En consecuencia, no son más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar." (STC 1295/2009). Las limitaciones son "la delimitación jurídica de la específica opción legislativa por la extensión de las facultades dominicales y sus cargas" (Aldunate Lizana, Eduardo; "Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad"; en *Revista Chilena de Derecho*; vol. 33 N° 2, 2006, págs. 285-303).

económicos y sociales, los cuales exigen condiciones suficientes que permitan satisfacerlos razonablemente, de tal modo que la ausencia del referido contexto real significa, en la práctica, una verdadera limitación al ejercicio del derecho en cuestión.

"Finalmente, podemos reconocer la existencia de aquella clase de limitaciones más habituales y reconocidas, que son las que expresamente están previstas por el ordenamiento jurídico positivo./A diferencia de las dos anteriores, estas limitaciones no se entienden "implícitamente incorporadas en cada derecho", sino que su origen se encuentra en el ordenamiento jurídico mismo, el cual de forma explícita las nombra y reconoce; y es por este motivo que las insertamos en este criterio taxonómico. Esto no quiere decir que carezcan de fundamento o justificación en valores o principios de gran importancia, sino sólo que, para invocarlas, basta citar algún precepto constitucional o legal para poder recurrir a ellas./Para ello, tanto los instrumentos internacionales como las constituciones políticas de los diferentes Estados establecen directamente restricciones al ejercicio de determinados derechos, o bien, autorizan o delegan a determinadas autoridades, normalmente en el legislador, para fijarlas": HUGO TÓRTORA DELGADO, "Las limitaciones a los derechos fundamentales", *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010, pp. 167 – 200.

* Que, respecto a la actual Constitución, el artículo 19 N° 24°, inciso segundo, establece tres reglas en materia de función social de la propiedad. En primer lugar, que ésta se traduce en limitaciones y obligaciones. En segundo lugar, que sólo la ley puede establecerlas. En tercer lugar, que la función social se justifica en causales taxativamente precisadas por la Constitución: los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental;

* Este Tribunal ha señalado que dicha función significa que la propiedad *"tiene un valor individual y social, por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: "la propiedad obliga", para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades del propietario que armonizan los intereses del dueño y de la sociedad puede decirse que constituyen la función social de la propiedad"* (STC 245/1996);

* Que en el mismo sentido se expresa la doctrina. Así, para Lautaro Ríos (*"El principio constitucional de la función social de la propiedad"*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIV, número 2, págs. 57-73), *"la función social no se opone –necesariamente– a la función individual de la propiedad. Se trata, más bien, de una coordinación de intereses; pero si ellos entran en conflicto, se concede primacía a la función social"*. Dicho autor agrega que la función social es un *"encauzamiento y –por ende– una orientación limitativa del ejercicio del dominio"*.

* Para Humberto Nogueira (*"Derechos fundamentales y garantías constitucionales"*, tomo 4°; Editorial Librotecnia; Santiago, 2010, p. 182), *"el contenido esencial del derecho de propiedad incluye su función social, la cual es parte del derecho mismo. La utilidad individual (interés del propietario) y la función social (satisfacción de los intereses de la sociedad) son elementos vertebrales inescindibles del derecho de propiedad, conformando su contenido básico en cada una de las categorías de bienes. La propiedad entraña obligaciones, su uso debe estar al servicio del bien común, que es prevaleciente frente al interés particular del propietario"*.

* Para José Luis Cea (*"Derecho Constitucional Chileno"*, tomo II; Ediciones PUC; Santiago, 2012, págs. 574-575), en relación con la función social, *"es inconcebible imaginar o entender ese derecho sin las restricciones y deberes que legitiman su ejercicio por el dueño"*, (ésta es) *"un elemento estructural del dominio, es decir, es*

parte del derecho mismo, concerniente a su esencia, y no algo adicionado o superpuesto por el Estado a él. "Es el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro". Más adelante agrega que "es un criterio delimitador del contenido esencial y del modo de ejercer el dominio, por lo cual tiene cualidad prescriptiva y no sólo descriptiva, operando como pauta para que la propiedad sirva a su destino natural". La función social "es expresión del principio de solidaridad, por su estrecha vinculación con la contribución que el dominio tiene que otorgar a la satisfacción de los intereses generales de la sociedad política y a la realización concreta del bien común en ella";

* Que dicha función social se aplica a todo tipo de propiedad. Como ha dicho este Tribunal, "esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorpóreos, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad." (STC 506/2007). Como ha dicho en otra sentencia, "la Constitución no formula distinción o exclusión alguna que impida al legislador regular y limitar todas las especies de propiedad en el marco habilitante ya transcrito y establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada. Cabe concluir entonces que la Carta Fundamental establece los mismos criterios limitativos, cualquiera sea el bien objeto del derecho de propiedad adquirido, y que, en definitiva, es a esta Magistratura a quien le corresponde precisar, en esta sede de control, hasta dónde la ley, por esta vía, puede limitar el derecho de propiedad o imponerle obligaciones que no importen transgredir el estatuto constitucional de este derecho;" (STC 1309/2010)¹³.

- c) El derecho a la libre actividad económica reconoce límite en los derechos sociales, como lo es la protección de la salud

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE: Sentencia de 24 de julio de 2012, ROL N° 1986 - 11 INA.

Si bien el derecho a la libre actividad económica es una de las bases del orden público establecido en la Constitución y, asimismo, deriva del reconocimiento a los cuerpos intermedios y a su autonomía según se colige de su artículo 1°, ello no impide que este derecho pueda colisionar real o aparentemente con otro y que para resolver tal eventual conflicto se puedan ponderar los derechos aparentemente contrapuestos: "La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro"¹⁴.

Precisamente ese juego ponderativo es dable de hacer respecto de la confrontación de este derecho con los derechos sociales, particularmente el de protección de la salud:

"... no menos importante resulta el despliegue de estas potestades del Gobierno para estimular, desestimar, erradicar, restringir o controlar alguna actividad. En este aspecto la Sala considera que gozan de presunción de constitucionalidad las medidas que antepone la pretensión de garantizar de manera más satisfactoria los derechos fundamentales, al pleno despliegue de los principios constitucionales de diseño de la economía y el mercado. Esto, en primer lugar, porque el principio de libertad económica debe aplicarse y desarrollarse de manera coordinada con el resto de principios de la Constitución; y en segundo lugar porque en el Estado Constitucional de Derecho existe un fuerte respaldo a la garantía de elección que hace el gobierno para delinear patrones de organización social. Sobre lo primero conviene citar in extenso la posición de esta Corte: "Desde una óptica subjetiva, la libertad económica, que involucra la de empresa y dentro de ella la libertad de competencia que es su principio básico de operación, es un derecho no fundamental de todas las personas a participar en la vida económica de la nación, que el poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe promover. Para ello debe remover los obstáculos que impiden el libre acceso a los mercados de bienes y servicios. En este sentido, la Carta explícitamente enuncia que <La libre competencia económica es un derecho de todos...> y añade que <El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se

¹⁴ ROBERT ALEXI: "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-14.

obstruya o se restrinja la libertad económica>.No obstante, como todos los derechos y libertades, la económica y de empresa no son absolutas. Ellas tienen límites concretos que la Constitución expresamente menciona cuando afirma: <La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.> Además, la noción misma de empresa, similarmente a lo que sucede con el concepto de propiedad, es entendida como una función social que implica obligaciones. (C.P art. 333)/ El instrumento por excelencia que permite a las autoridades lograr la efectividad de la función social de la empresa, es la actividad estatal de intervención en la economía. Esta intervención, según lo prevé el canon 334 superior, se lleva a cabo por mandato de la ley <en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.> Así pues, el legislador puede intervenir la actividad económica, a fin de lograr los mencionados fines constitucionales.

"Puede decirse que la actividad intervencionista del Estado en la economía pretende conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que está involucrado en dicha actividad en ciertos casos, como en el de la prestación de los servicios públicos que se vincula a la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos. Por ello, en las normas de intervención que así expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general.

"... De esta manera, si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo por mandato de la ley para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, en reiterada jurisprudencia la Corte se ha encargado de señalar los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares en aras del interés general. Al respecto, ha indicado que tal intervención: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad".

"Sobre lo segundo, la Sala considera pertinente explicar la importancia de no perder de vista el hecho de que la Constitución de 1991, no sólo garantiza el respeto por las opciones y formas de vida escogidas por las personas individualmente consideradas, sino que también defiende las elecciones y alternativas que la sociedad edifica mediante el proceso

democrático. La selección de valores que la comunidad decide promocionar, obedecen a la implementación de una dinámica que subyace a la definición misma de lo que significa vivir sometidos al orden constitucional (Preámbulo y art. 1º de la Constitución). Esta dinámica pasa por el reconocimiento de que la fuente más importante de los lineamientos adoptados como parámetro de organización jurídica, es la construcción de la moral colectiva de dicha comunidad. Es decir, la construcción del esquema axiológico que se utilizará como guía para desarrollar la vida en sociedad.

"El papel del juez constitucional en el anterior contexto es mantener el equilibrio entre la vigencia de la Constitución y la vigencia de la moral social. Aquello que la comunidad ha elegido como valor guía no puede simplemente ser desconocido, pero tampoco puede anular los valores constitucionalmente establecidos. Por ello, los programas de regulación proyectados para difundir, incentivar o frenar alguna actividad determinada, deben ser analizados por el juez defensor de la Constitución, bajo la perspectiva de escrutar si las medidas para el fin en cuestión han transitado y se han instalado en espacios vedados o permitidos por la Constitución. De este modo, de acuerdo con el alcance de las normas constitucionales, las autoridades públicas pueden o no estar autorizadas para promocionar o degradar alguna actividad económica en especial, o para permitir o prohibir actividades como la pornografía o los juegos de azar, por ejemplo, si es que dichas regulaciones se han gestado en inquietudes morales de la comunidad. Ello es tanto así, que con base en sus constituciones, ciertos países atienden los resultados de construcciones morales de sus comunidades, como la de ostentar religiones oficiales, prescindir de ejército, establecer la pena de muerte, entre otros; aunque, ello no implica - o no debería implicar- la eliminación de principios constitucionales esenciales en los estados constitucionales de derecho.

"Lo anterior, se constituye en un mandato dirigido a orientar el deber ser de la conducta de los ciudadanos en general, y por supuesto de las autoridades públicas, entre ellas los jueces constitucionales. Unos y otros tenemos el deber de actuar en forma coherente con los valores, principios y reglas que conforman el sistema jurídico vigente. Actuar éticamente significa también cumplir y aplicar el derecho, no sólo por el carácter coercitivo de este, sino además porque existe un convencimiento pleno, una identidad con sus propósitos y con los valores y principios que éste pregonan. Con ello, incluso las alternativas de conducta escogidas colectivamente (tal como las medidas que buscan restringir el consumo y acceso al tabaco), deben atender el contenido normativo de nuestro sistema jurídico. Este acatamiento es relevante, además porque contribuye con una cultura de cumplimiento del Derecho, esto es, de la legalidad.

"En punto de las políticas antitabaco, la situación no es distinta. Existe una fuerte conciencia actual gestada en las inquietudes de las comunidades de un buen número de países en el mundo, relativa a la inconveniencia del acceso y consumo sin restricciones del tabaco. La posición moral de la sociedad (así sea de un sector solamente) a este respecto,

es la que ha impulsado la implementación de regulaciones jurídicas como la que aquí se analiza. Frente a lo cual, su conformidad constitucional habrá de determinarse únicamente por vía de, como se dijo, mantener el equilibrio entre la vigencia de la Constitución y la vigencia de dicha moral social, que no se puede desconocer o defender per se. Para ello, es relevante establecer solamente si se ha ingresado por medios respaldados o descartados por la Constitución, a espacios restringidos o permitidos por la misma. La consecuencia e importancia que la Corte encuentra en la anterior reflexión, radica en excluir de su competencia los escrutinios a la motivaciones que sustentan la posición moral frente al consumo de tabaco.

"Como se dijo más arriba, para la Corte basta que respecto del consumo de tabaco, esté demostrada la afectación de la salud de terceros en alguna medida, y que exista autorización constitucional en ciertas condiciones y en ciertas otras se carezca de ella, para tomar medidas con la intención de modificar conductas de los ciudadanos, baste esto -se repite- para delinear un ámbito de discusión constitucional al respecto. Por lo cual no resulta entonces necesario evaluar, avalar o controvertir las posiciones morales sobre el ideal saludable o insalubre de ciertos grupos de personas, respecto del consumo del tabaco, siempre que se mantenga intacto el ámbito de decisión personal de los ciudadanos en este aspecto"¹⁵.

Este criterio es desarrollado luego en un fallo posterior¹⁶ en los siguientes términos:

* la delimitación conceptual de las libertades económicas se inserta en el equilibrio entre el reconocimiento de las garantías necesarias para el intercambio económico y la obligación estatal correlativa de intervenir en el mercado con el fin de (i) garantizar la supremacía del bien común, representado en los objetivos identificados por el Constituyente como propios de ese interés general; y (ii) corregir, en el marco de la protección de la igualdad de oportunidades, las imperfecciones de dicho mercado que se conformen como barrera para el acceso de los bienes y servicios de las personas de menores ingresos o en condiciones de debilidad manifiesta.

* la jurisprudencia define a la libertad de empresa como *"aquella () que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa*

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia C-639/10, 17 de Agosto de 2010. Las cursivas son del original, las negritas son nuestras.

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Sentencia C-810/10, 20 de Octubre de 2010.

como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral". También ha dicho la Corte que dicha libertad "se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes". Esta definición comparte muchos de sus elementos constitutivos con un concepto más amplio, el de libertades económicas, que engloba la libertad de empresa y la libre iniciativa privada. Para la Corte, dichas libertades son "expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada. En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional. || Adicionalmente la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas."

"En lo que respecta a la validez constitucional de las actividades estatales de intervención económica, la misma jurisprudencia ha identificado tanto los requisitos que deben cumplirse para la acreditación de tal validez, como el grado de intensidad y la metodología de escrutinio judicial de las medidas de intervención. Frente a lo primero, existe un precedente consolidado en el sentido que la medida de intervención estatal en la economía solo resultará admisible cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

"La necesidad de la publicidad para la comercialización de cara al derecho constitucional, conlleva al menos dos consecuencias definidas. En primer término, si el Estado reconoce las libertades económicas como garantías a favor de los ciudadanos, necesarias para la preservación de la economía social de mercado, entonces la publicidad también es objeto de protección, puesto que es parte integrante del esfuerzo productivo y la ulterior concurrencia del agente y sus productos al mercado. En segundo lugar, al inscribir a la publicidad dentro del grupo de actividades comprendidas en el concepto de libertad de empresa y libre iniciativa económica, podrá el Estado imponerle limitaciones, restricciones, e incluso prohibiciones a sus distintas manifestaciones, a condición que se cumplan los requisitos identificados por la jurisprudencia constitucional para la validez de los actos de intervención económica, en especial el cumplimiento de condiciones de razonabilidad y proporcionalidad de la actividad estatal.

"La jurisprudencia comparada se ha ocupado de analizar la constitucionalidad de medidas legislativas que, como las estudiadas en esta oportunidad, tienen por objeto restringir e incluso prohibir, la publicidad comercial dirigida al consumo de tabaco. Este es el caso de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2006 en el asunto C-380/03, tramitado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En ese evento, la República Federal de Alemania demandó la anulación de los artículos 3º y 4º de la Directiva 2003/33/CE, los

cuales fijan reglas para (i) la restricción de la publicidad de tabaco en prensa y otras publicaciones empresas a aquellas destinadas a profesionales del comercio de tabaco, proscribiéndose para las de otro tipo; y (ii) la prohibición de publicidad de tabaco en radio, al igual que el patrocinio de programas de radio por empresas tabacaleras. El reclamo principal de Alemania era que el artículo 95 CE no podía configurar una base legal suficiente para imponer restricciones de esta naturaleza, puesto que buena parte de esas publicaciones eran de producción y consumo nacional, lo que implicaba que una restricción para toda la Unión Europea resultara desproporcionada y ajena a la regulación del comercio transfronterizo. El Tribunal no acogió las pretensiones de anulación de la norma comunitaria, al considerar que efectivamente varios de los Estados miembros, de manera independiente o en cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la suscripción del CMCT, habían limitado o prohibido totalmente la publicidad de tabaco. De otro lado, como efectivamente las publicaciones y la radio tenían carácter transfronterizo, era necesaria una norma que armonizara su circulación en la Unión, sin que las regulaciones nacionales que fijan prohibiciones a la publicidad de tabaco obstaculizaran su difusión.

"...en el derecho comparado existe un consenso sobre la validez *prima facie* de las medidas legislativas tendientes a limitar, e incluso prohibir, la publicidad comercial de productos de tabaco. Los rasgos comunes de las distintas decisiones estudiadas, en este orden de ideas, están relacionados con (i) la admisibilidad de tales restricciones, en razón de los efectos que para la salud pública genera el consumo de tabaco; (ii) la posibilidad que por estos fines constitucionalmente valiosos se impongan restricciones, incluso de alta intensidad, a la libertad empresa y al ámbito protegido del discurso comercial; y (iii) la necesidad de adelantar un juicio de proporcionalidad para determinar la validez del arreglo entre medios y fines, respecto a la limitación impuesta a la publicidad de tabaco y el desestímulo del consumo, en especial frente a sujetos de especial protección"¹⁷.

III ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS DISPOSICIONES DEL PROYECTO EN ESTUDIO

1.- Sobre publicidad del tabaco.

El nuevo artículo 3° que se propone en el proyecto expresa lo siguiente:

"Artículo 3°.- Se prohíbe la publicidad del tabaco y de elementos de las marcas relacionados con dicho producto.

La prohibición indicada se extiende en los mismos términos y con los mismos efectos a la publicidad indirecta realizada por medio de placement financiado por la industria del

¹⁷ Las cursivas son del original, las negritas son nuestras.

tabaco, donde se muestra en medios de comunicación masiva el consumo de productos o marcas de productos hechos de tabaco.

Del mismo modo, se prohíbe en programas transmitidos en vivo, por televisión o radio, en el horario permitido para menores, la aparición de personas fumando o señalando características favorables al consumo de tabaco.

Asimismo, se prohíbe la publicidad en las señales internacionales de los medios de comunicación chilenos o de páginas de internet cuyos dominios correspondan a la terminación ".cl".

Las compañías tabacaleras deberán informar anualmente al Ministerio de Salud el detalle de sus gastos destinados a promoción y cabildéo, los destinatarios de sus recursos y sus contratos, y los convenios y alianzas estratégicas con agrupaciones o empresas de otros giros comerciales, incluyendo sus actividades desarrolladas bajo el rótulo de "responsabilidad social empresarial".

a) Alcance de la norma propuesta

a.1 Sobre la publicidad misma del tabaco y de elementos de las marcas relacionados con dicho producto

Debe tenerse presente que el concepto de publicidad, a efectos de la ley N° 19.419, consiste en "Toda forma de promoción, comunicación, recomendación, propaganda, información o acción con el fin o el efecto de promover un producto hecho con tabaco o el consumo de tabaco" (artículo 2°), lo cual ha de entenderse en concordancia con el aportado por el CMCT, que entiende por "publicidad y promoción del tabaco" a "toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco". en consecuencia, no se trata de una simple comunicación de ideas, sino una que lleva aparejada cuando menos intención de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o su uso. ello implica que este tipo de restricciones, como ya lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, refieran a la actividad económica de las tabacaleras

y no a la libertad de expresión propia de las personas y de los medios en el ámbito abierto de un intercambio de ideas.

En esa perspectiva, el proyecto prohíbe la este tipo de mensajes, sea que se elaboren directamente en la perspectiva de anunciantes comerciales, o que se efectúen de modo indirecto por la vía de un *placement* financiado por las tabacaleras. Así, el uso de imágenes o escenas en que las personas fumen o se aborde la temática de la decisión de fumar no queda limitado por este precepto y es parte de la libertad de expresión y de la libre creación artística, según el caso, con la limitación de la programación transmitida en vivo y aquella que también se ocupa en otras materias, en relación al límite del horario infantil.

a.2 ¿Puede considerarse que la limitación referida afecta la esencia de la libre actividad económica de las tabacaleras o parece carecer de fundamento que la justifique?

El artículo 13 de la Convención dispone, sobre la materia:

"1. Las Partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco./ 2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dicha prohibición comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos originados en su territorio. A este respecto, cada Parte, dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Convenio para la Parte en cuestión, adoptará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21./ 3. La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dichas restricciones comprenderán, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión, la restricción o una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio originados en su territorio que tengan efectos transfronterizos. A este respecto, cada Parte adoptará

medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas e informará en consecuencia de conformidad con el artículo 21.4. Como mínimo, y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte: a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equivoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones; b) exigirá que toda publicidad de tabaco y, según proceda, su promoción y patrocinio, vaya acompañada de una advertencia o mensaje sanitario o de otro tipo pertinente; c) restringirá el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población; d) exigirá, si no ha adoptado una prohibición total, que se revelen a las autoridades gubernamentales competentes los gastos efectuados por la industria del tabaco en actividades de publicidad, promoción y patrocinio aún no prohibidas. Dichas autoridades podrán decidir que esas cifras, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se pongan a disposición del público y de la Conferencia de las Partes de conformidad con el artículo 21; e) procederá dentro de un plazo de cinco años a una prohibición total o, si la Parte no puede imponer una prohibición total debido a su constitución o sus principios constitucionales, a la restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como Internet; y f) prohibirá o, si la Parte no puede imponer la prohibición debido a su constitución o sus principios constitucionales, restringirá el patrocinio de acontecimientos y actividades internacionales o de participantes en las mismas por parte de empresas tabacaleras. 5. Se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el párrafo 4./ 6. Las Partes cooperarán en el desarrollo de tecnologías y de otros medios necesarios para facilitar la eliminación de la publicidad transfronteriza./ 7. Las Partes que hayan prohibido determinadas formas de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco tendrán el derecho soberano de prohibir las formas de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizos de productos de tabaco que penetren en su territorio, así como de imponerles las mismas sanciones previstas para la publicidad, la promoción y el patrocinio que se originen en su territorio, de conformidad con la legislación nacional. El presente párrafo no respalda ni aprueba ninguna sanción en particular./ 8. Las Partes considerarán la elaboración de un protocolo en el cual se establezcan medidas apropiadas que requieran colaboración internacional para prohibir completamente la publicidad, la promoción y el patrocinio transfronterizos*.

Como se colige de la redacción de esta norma, la Convención considera que la total restricción publicitaria se halla sobradamente justificada por el daño a la

salud que provoca el consumo de tabaco la necesidad que existe de desincentivarlo. Numerosos son los estudios que avalan esta realidad, internacionalmente reconocidos, por lo cual considerar que hay una ausencia de justificación para una medida de esta naturaleza implica volver la espalda a información acreditada científicamente. A diferencia de la discusión que se puede dar sobre las restricciones a la publicidad de ciertos alimentos ricos en sodio o en azúcar, los cuales generan daño sólo en su ingesta excesiva, en el caso del tabaco no hay duda alguna que sus efectivos son absolutamente nocivos y que su desincentivo total es una prioridad de la salud pública, dirigida tanto a fumadores como a no fumadores¹⁸, por lo cual malamente se puede considerar que no se trate de una medida justificada, ponderada y necesaria.

¹⁸ V.g. reciente estudio de la revista médica inglesa *The Lancet*, encargado por la Organización Mundial de la Salud y que se hizo público el 23 de noviembre de 2010, el tabaquismo pasivo causa cada año 600,000 muertes en todo el mundo, siendo los niños el grupo de población más afectado (165,000 niños mueren cada año por efecto del tabaco). Concretamente, el estudio demuestra que el tabaquismo pasivo causa 379,000 muertes por enfermedades cardíacas, 165,000 por infecciones respiratorias (que afectan especialmente a los niños), 36,900 por asma y 21,400 por cáncer de pulmón (cfr. <http://elcomercio.pe/mundo/674949/noticia-600-mil-fumadores-pasivos-mueren-cada-ano-165-mil-ellos-son-ninos>). Asimismo, se confirma indubitadamente la adicción que produce el tabaco por el *National Institute on Drug Abuse* de los Estados Unidos, "la nicotina es adictiva. La mayoría de los fumadores utilizan el tabaco regularmente porque son adictos a la nicotina. La adicción se caracteriza por la búsqueda y uso compulsivo de las drogas, a pesar de las consecuencias negativas para la salud, y decididamente el tabaco se ajusta a esta descripción. Está bien documentado que la mayoría de los fumadores identifican al tabaco como dañino y expresan el deseo de reducir o parar su uso, y casi 35 millones de ellos tratan seriamente cada año de dejar de fumar. Desgraciadamente, menos del 7 por ciento de los que tratan de dejar el hábito por su cuenta logran más de un año de abstinencia. La mayoría tiene una recaída a los pocos días después de parar. (). Las investigaciones recientes muestran en detalle como la nicotina actúa sobre el cerebro para producir varios efectos sobre la conducta. De importancia primordial con relación a su naturaleza adictiva están los hallazgos que la nicotina activa el circuito del cerebro que regula los sentimientos de placer, también conocidos como las vías de gratificación. Un químico clave del cerebro que está implicado en el deseo de consumir drogas es la neurotransmisora dopamina, y las investigaciones han demostrado que la nicotina aumenta los niveles de dopamina en los circuitos de gratificación. Se ha encontrado que las propiedades farmacocinéticas de la nicotina también aumentan el potencial para su abuso. Fumar cigarrillos produce una distribución rápida de la nicotina al cerebro, llegando la nicotina a su nivel máximo a los 10 segundos de inhalada. Los efectos agudos de la nicotina se disipan en unos minutos, lo que causa que el fumador continúe dosificándose frecuentemente durante el día para mantener los efectos placenteros de la droga y evitar el síndrome de abstinencia. Lo que las personas muchas veces no se dan cuenta es que el cigarrillo es un sistema sumamente eficiente y muy bien diseñado para dispensar la droga. Con cada fumada o 'pitada' que inhala, el fumador puede trasladar la nicotina rápidamente al cerebro. En un período de 5 minutos, un fumador típico le da 10 fumadas a un cigarrillo encendido. Por lo tanto, una persona que fuma alrededor de un paquete y medio (30 cigarrillos) al día, le da a su cerebro unos 300 'golpes' diarios de nicotina. Estos

Resuelto ese punto, queda por develar el segundo: ¿puede entenderse que una restricción publicitaria como la propuesta en el proyecto de ley importa una afectación en su esencial derecho a desarrollar libremente una actividad económica? Quien así lo considera podría fundamentar tal cosa en el hecho que la Convención hace la salvedad que por principios constitucionales del estado miembro podría no llegarse a la posibilidad de adopción de esta medida.

En esa materia, efectivamente, la Convención se remite al orden constitucional local, por lo cual habrá que examinar qué sucede en esta materia en relación al artículo 19 N° 21 de nuestra Carta Fundamental y a la garantía que conlleva.

Debemos tener presente, en efecto, que "La publicidad es un modo de comunicación colectiva que resulta inseparable de la función empresarial y, por consiguiente, del funcionamiento del mercado y de su esencial carácter competitivo" "El proceso de rivalidad competitiva lleva necesariamente a que en la función empresarial se incluya la decisión de seleccionar entre los productos posibles aquél que puede resultar más apetecible para los consumidores. Los cambios o la innovación van ínsitos en esa función pero no porque se trate necesariamente de productos nuevos o porque haya cambiado el gusto de los consumidores, sino porque el empresario rivaliza en el descubrimiento de nuevos fines y de nuevos medios. La publicidad disemina el conocimiento acerca de esas nuevas oportunidades. Y como quiera que el empresario ha de lograr que los consumidores queden realmente informados, tomen nota de las oportunidades disponibles es necesario que los mensajes publicitarios se expresen de la manera más persuasiva posible, para lo que se procura que incorporen un alto grado de creatividad"¹⁹.

factores contribuyen considerablemente a la naturaleza altamente adictiva de la nicotina" (cfr. <http://www.nida.nih.gov/researchreports/nicotina/Nicotina2.html>).

¹⁹ JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE: "La publicidad y el sistema económico constitucionalizado",

Bajo tal concepción la publicidad sirve a la libre actividad económica y se transforma en "una actividad esencial para que pueda cumplirse la función empresarial y, por lo tanto, para que pueda hablarse de sistema de mercado y de competencia mercantil"²⁰. Sin embargo, habrá que preguntarnos entonces: ¿toda la actividad prevista y realizada en virtud de la garantía del artículo 19 N° 21 tiene tales características y requisitos?

Una primera precisión que conviene hacer, al respecto, es que "el derecho de libertad de empresa no supone que ésta pueda ejercerse en cualquier rama o sector de la actividad. La vieja distinción entre cosas intra commercium y cosas extra commercium ilustra suficientemente acerca de la razón profunda que existe para dejar ciertos sectores al margen de la actividad empresarial. Se puede afirmar que no son normas reguladoras de la libertad de empresa aquellas que sustraen de la iniciativa privada determinados sectores de actividad (Rubio Llorente, F., 1996, 480). Ello sin embargo no quiere decir que esa sustracción pueda realizarse sin sujeción a lo que dispone la propia Constitución"²¹, como su cede en el caso de las restricciones establecidas a la concesibilidad de ciertos minerales por parte del artículo 19 N° 24, en relación con el dominio eminente del Estado sobre la propiedad minera.

Pero ésta no es la única precisión que es menester efectuar, pues también ha de tenerse en cuenta que la libertad de empresa ha de ejercerse en un ámbito social, en el cual su ejercicio se relaciona y requiere respetar los demás derechos fundamentales de las personas: "de ahí la exigencia rigurosa de que la concreción delimitadora que se practique por el legislador esté constitucionalmente justificada, de que sea necesaria para proteger otros derechos o bienes constitucionales y de que, en la medida en que la concreción supone fijar un límite intrínseco al derecho de libertad de empresa, esa

http://eprints.ucm.es/1643/1/La_publicidad_y_el_sistema_economico_constitucionalizado.pdf, sitio consultado en octubre de 2012.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

delimitación concreta sea proporcionada al fin protector de los demás derechos y bienes constitucionalmente reconocidos²².

En esa perspectiva, y habida consideración de los derechos que eventualmente pueden verse afectados, la publicidad como parte del ejercicio de la libertad de empresa puede limitarse, debiendo ello responder a "una cuidadosa ponderación desde las exigencias propiamente jurídicas. Particularmente resulta inaceptable pensar que pueden restringirse o limitarse los contenidos de los mensajes publicitarios según puntos de vista arbitrarios"²³.

Al estimar que una restricción de esta especie ha de corresponder a causas justificadas y no a criterios arbitrarios, lo cual nos parece que en el caso del tabaco se encuentra vastamente fundamentado, queda una última pregunta que formular: ¿es la restricción a la publicidad del tabaco una decisión que afecta una actividad lícita, parte integrante del derecho constitucional a la libertad de empresa?

El planteamiento que ha ido cobrando fuerza, en esta específica materia, es que este tipo de publicidad se puede enmarcar dentro del subtipo de publicidad abusiva; a la que se la define como toda aquella publicidad que atenta contra la dignidad de las personas, inciten a la violencia, vulneren los valores sociales y democráticos los derechos constitucionalmente reconocidos, sean discriminatorias ya sea en razón de raza, religión que desprecie valores medioambientales etc. y en especial en relación a la temática abordada aquellas que conducen a la adopción de conductas lesivas para la propia salud del receptor o para terceros²⁴.

Así, "La proliferación de distintas patologías relacionadas con las adicciones requiere como mencionamos de regulación específica en cuanto a sus publicidades ya que respecto de ellas no existen diferenciaciones ni de sexo, ni de nivel cultural o económico, ni etaria etc. pues cualquiera puede padecer alguna adicción (alcohol, juego, tabaquismo etc.) Resulta por tanto necesario adoptar

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ GRACIELA LOVECE: "La protección de los consumidores y la regulación legal de los distintos subtipos publicitarios" Rev. RCyS N° 5 2011.

recaudos especiales frente a estas publicidades ya que existe una contradicción intrínseca en su difusión; pues la prevención de adicciones forma parte de una política sanitaria adecuada, que sin dudas se contraponen a las publicidades que inducen, tal es su función; al consumo de alcohol, tabaco etc. generando adicciones./En este sentido se inscribe la ley antitabaco 26687 que en su art. 4° inc d. define a la publicidad y la promoción de productos como toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente el consumo de productos elaborados con tabaco; y en el art. 5 expresamente prohíbe la publicidad o promoción de tabaco por cualquier medio de difusión, asimismo en el art. 6 establece algunas excepciones al principio general y en el art. 7 las pautas respecto a los mensajes y advertencias sanitarios que deben contener los anuncios publicitarios que se realicen²⁵.

Tales criterios, presentes en la normativa argentina citada, en sentencias de las Cortes Constitucionales de Colombia y Perú, pueden ser perfectamente aplicados al caso sub lite: No sólo existe justificación constitucional para imponer estas restricciones a la publicidad, sino que se trata de una publicidad que, de suyo, insta a la comisión de conductas reñidas con la salud pública e individual, lo cual hace que exceda el ámbito de la libre actividad económica y se ubiquen una práctica económica contraria al orden público, entendido éste como el núcleo de los derechos fundamentales. Tal restricción no infringiría, en lo específico, la esencia del derecho a la libertad económica, que no incluye el ejercicio de facultades que afecten directamente a otros derechos constitucionales consagrados.

b) Obligación informativa impuesta a las tabacaleras

²⁵ Ley argentina N° 26.687 Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco. Deróganse las Leyes N° 23.344 y su modificatoria Ley N° 24.044, promulgada el 13 de junio de 2011,

Señala el mismo artículo: "Las compañías tabacaleras deberán informar anualmente al Ministerio de Salud el detalle de sus gastos destinados a promoción y cabildeo, los destinatarios de sus recursos y sus contratos, y los convenios y alianzas estratégicas con agrupaciones o empresas de otros giros comerciales, incluyendo sus actividades desarrolladas bajo el rótulo de responsabilidad social empresarial".

La obligación referida, que no lleva aparejada sanción alguna por incumplimiento, ni tampoco define los objetivos de esta entrega de información en el marco de la operatoria ministerial, aunque sí se aviene con lo dispuesto en la Convención en su artículo 12, en el sentido que los Estados partes se comprometen a "el acceso del público, de conformidad con la legislación nacional, a una amplia variedad de información sobre la industria tabacalera que revista interés para el objetivo del presente Convenio" (letra d).

De este modo, sobre la imposición informativa referida han de hacerse tres precisiones importantes para que cobre sentido práctico y no se transfiera en una especie de facultad difusa:

b.1 La información solicitada refiere a la actividad lícita de las tabacaleras y no a aquella que quedaría prohibida por la ley, pues a tal actividad respecta el criterio de adecuada fiscalización y no de entrega de información.

b.2 La entrega de información y su administración deben quedar encuadradas en un estatuto claro, pues de acuerdo a la Convención aplicarían sobre ella criterios de interés público, los que sin embargo no pueden vulnerar la legítima expectativa de privacidad de las empresas en sus comunicaciones de esta naturaleza, como tampoco las materias que cuentan con reservas legales especiales, como el secreto bancario y la reserva de las bases de datos, los cuales sólo pueden ser develados por disposición de los tribunales de justicia.

b.3 Debe clarificarse en la ley la instancia y oportunidad de la entrega de esta información, las opciones para resolver diferencias de criterios y quién resuelven dichas controversias y cuál es el efecto de la entrega o de la negativa de suministrar la información referida, a fin de que no termine siendo una norma programática, de escasa viabilidad o de peligrosa dimensión.

2.- Sobre prohibición de uso de aditivos

Expresa el artículo 9° propuesto:

"Artículo 9°.- La casa matriz del fabricante o el importador de los productos de tabaco deberán informar anualmente al Ministerio de Salud, según éste lo determine, sobre sus constituyentes y los aditivos que se incorporan a ellos, en calidad y cantidad, así como las sustancias utilizadas para el tratamiento del tabaco. No podrán comercializarse los productos de tabaco que contengan aditivos que no hayan sido previamente informados al Ministerio de Salud.

"El Ministerio de Salud podrá prohibir el uso de aditivos y sustancias que se incorporen al tabaco en el proceso de fabricación de los productos a los que se refiere esta ley, destinados a ser comercializados en el territorio nacional, cuando tales aditivos y sustancias aumenten los niveles de adicción, daño o riesgo en los consumidores de dichos productos²⁶. Además, en los casos mencionados anteriormente, podrá establecer los límites máximos permitidos de las sustancias contenidas en los productos de tabaco. Asimismo, fijará las normas sobre difusión de la información referida a los aditivos y sustancias incorporadas al tabaco y sus efectos en la salud de los consumidores.

"Los envases de cigarrillos deberán expresar clara y visiblemente en una de las caras laterales los principales componentes de este producto en los términos establecidos por el Ministerio de Salud."

Nos parece que esta norma es perfectamente compatible con los objetivos buscados por el proyecto de ley y salva las aprehensiones manifestadas por algunos informantes en Derecho acerca de las indicaciones originalmente propuestas, pues efectivamente establece dos importantes obligaciones para las tabacaleras: El adecuado y oportuno informe al MINSAL acerca del uso de aditivos y la posibilidad de éste de prohibir el uso de aditivos y sustancias cuando "tales

²⁶ Las negritas son nuestras.

aditivos y sustancias aumenten los niveles de adicción, daño o riesgo en los consumidores de dichos productos", lo cual no se constituye en una norma excepcional dentro de la normativa de salud pública, sino en una común usanza respecto del uso de aditivos potencialmente dañinos para la salud humana²⁷, que bajo ninguna circunstancia puede entenderse como discriminatoria pues se traduce en una obligación general hacia el consumidor y en el ejercicio de las naturales potestades del Estado en aras de proteger a la población y a la salud de ésta.

3.- Limitaciones a la posibilidad de fumar en espacios públicos

Los artículos 10 y 11 que el proyecto propone para adicionar o introducir en la ley se corresponden con las tendencias del Derecho con temporáneo y aluden a limitaciones de la autonomía adoptadas, como ya se ha dicho, para controlar epidemiológicamente la adicción al tabaco y sus graves efectos sobre la salud no solo de los fumadores sino de los no fumadores, que pasan a ser fumadores pasivos. Tales limitaciones no se traducen, como se ha explicado, en un atentado contra el libre desarrollo de la personalidad, sino en una medida de salud pública que busca evitar los grandes perjuicios de mantener esta conducta en el solo espacio autonómico del sujeto 28.

²⁷ Establece el artículo 3° de la Ley N° 20.606 sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad: "Artículo 3°.- No se podrá adicionar a los alimentos y comidas preparadas ingredientes o aditivos que puedan inducir a equívocos, daños a la salud, engaños o falsedades, o que de alguna forma sean susceptibles de crear una impresión errónea respecto a la verdadera naturaleza, composición o calidad del alimento, según lo establecido en el Reglamento Sanitario de los Alimentos/ No se podrán adicionar a los alimentos, ingredientes o aditivos en concentraciones que causen daños a la salud, según lo establezca el Ministerio de Salud mediante reglamento". Las negritas son nuestras.

²⁸ Así, la Ley española 42/2010, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, dispone en su artículo 7° sobre Prohibición de fumar.: Se prohíbe fumar, además de en aquellos lugares o espacios definidos en la normativa de las Comunidades Autónomas, en:

- a. Centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre.

-
- b. Centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de Derecho público.
 - c. Centros, servicios o establecimientos sanitarios, así como en los espacios al aire libre o cubiertos, comprendidos en sus recintos.
 - d. Centros docentes y formativos, salvo en los espacios al aire libre de los centros universitarios y de los exclusivamente dedicados a la formación de adultos, siempre que no sean accesos inmediatos a los edificios o aceras circundantes.
 - e. Instalaciones deportivas y lugares donde se desarrollen espectáculos públicos, siempre que no sean al aire libre.
 - f. Zonas destinadas a la atención directa al público.
 - g. Centros comerciales, incluyendo grandes superficies y galerías, salvo en los espacios al aire libre.
 - h. Centros de atención social.
 - i. Centros de ocio o esparcimiento, salvo en los espacios al aire libre.
 - j. Centros culturales, salas de lectura, exposición, biblioteca, conferencias y museos.
 - k. Salas de fiesta, establecimientos de juego o de uso público en general, salvo en los espacios al aire libre.
 - l. Áreas o establecimientos donde se elaboren, transformen, preparen, degusten o vendan alimentos.
 - m. Ascensores y elevadores.
 - n. Cabinas telefónicas, recintos de los cajeros automáticos y otros espacios cerrados de uso público de reducido tamaño. Se entiende por espacio de uso público de reducido tamaño aquel que no ocupe una extensión superior a cinco metros cuadrados.
 - ñ. Estaciones de autobuses, salvo en los espacios que se encuentren al aire libre, vehículos o medios de transporte colectivo urbano e interurbano, vehículos de transporte de empresa, taxis, ambulancias, funiculares y teleféricos.
 - o. Todos los espacios del transporte suburbano (vagones, andenes, pasillos, escaleras, estaciones, etc.), salvo en los espacios que se encuentren por completo al aire libre.
 - p. Estaciones, puertos y medios de transporte ferroviario y marítimo, salvo en los espacios al aire libre.

De esta forma²⁹, sin ignorar el llamado a la libre decisión del individuo y a su autocuidado, se ofrecen soluciones legislativas protectivas de la salud ante un fenómeno reconocido como grave y preocupante respecto de la salud de nuestra población.

q. Aeropuertos, salvo en los espacios que se encuentren al aire libre, aeronaves con origen y destino en territorio nacional y en todos los vuelos de compañías aéreas españolas, incluidos aquellos compartidos con vuelos de compañías extranjeras.

r. Estaciones de servicio y similares.

s. Cualquier otro lugar en el que, por mandato de esta Ley o de otra norma o por decisión de su titular, se prohíba fumar.

t. Hoteles, hostales y establecimientos análogos, salvo en los espacios al aire libre. No obstante, podrán habilitarse habitaciones fijas para fumadores, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 8.

u. Bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados.

v. Salas de teatro, cine y otros espectáculos públicos que se realizan en espacios cerrados.

w. Recintos de los parques infantiles y áreas o zonas de juego para la infancia, entendiéndose por tales los espacios al aire libre acotados que contengan equipamiento o acondicionamientos destinados específicamente para el juego y esparcimiento de menores.

x. En todos los demás espacios cerrados de uso público o colectivo.

²⁹ Investigadores de Irlanda, primer país europeo en promover leyes antitabaco, donde la prohibición existe desde 2004, comprobaron una disminución del 11% en las hospitalizaciones por enfermedades cardiovasculares en el periodo de tan solo un año posterior a la vigencia de la prohibición. Similar impacto fue objetivado en un estudio norteamericano en el cual se comparaban las admisiones por infarto en los dos años previos y posteriores a la prohibición de fumar en espacios públicos. Se añadía un factor curioso: la disminución de las admisiones por enfermedad coronaria se dio principalmente en los no fumadores. Vid. CRONIN E, KEARNEY P, KEARNEY P, SULLIVAN P.: "Impact of a national smoking ban on the rate of admissions to hospital with acute coronary syndromes", *European Society of Cardiology 2007 Congress*; September 4, 2007; Vienna, Austria. Poster 3506; SEO DC, TORABI MR.: "Reduced admissions for acute myocardial infarction associate with a public smoking ban: matched controlled study". *J Drug Educ* 2007; 37:217-226.

Es todo cuanto puedo informar.

En Santiago de Chile, a 31 de Octubre de 2012.-

Ángela Vivanco Martínez
Profesora de Derecho Constitucional