



Este documento se relaciona con el punto 6.4 del orden del día provisional.

Quinta reunión de la Conferencia de las Partes del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, 12-17 de noviembre de 2012, Seúl, República de Corea

*Documento de política FCA:*

## **Artículo 19 – Hacer que la industria tabacalera asuma la responsabilidad por sus actos ilícitos**

**La FCA recomienda que la Partes:**

- Adopten la propuesta de informe de la Secretaría FCTC/COP/5/11 para establecer un grupo de expertos sobre el Artículo 19.
- Asegurar que reciba financiamiento para que culmine su trabajo para la COP6.

### **Introducción**

Como ha sido ampliamente documentado en varias demandas legales,<sup>1</sup> la rápida expansión de la industria tabacalera a lo largo de los siglos XX y XXI ha implicado enormes violaciones sistemáticas de principios fundamentales de la legislación civil y penal.

Por ejemplo, por lo menos a partir de la segunda mitad del decenio de 1950, las tabacaleras han tenido amplio conocimiento del daño extremo y alta adictividad de sus productos. Como fabricantes que periódicamente desarrollan investigación detallada del diseño de los cigarrillos y comportamiento de los fumadores, se encontraban en una posición privilegiada para entender el impacto que tienen para la salud sus productos. No obstante hasta hace muy poco todas las principales tabacaleras negaron que hubiera “alguna” prueba de que sus productos son dañinos. Ellas mismas se encargaron de no revelar pruebas muy significativas que sus propios investigadores habían reunido. Peor aún, sistemáticamente financiaron investigación que buscaba sembrar dudas sobre la evidencia científica que la comunidad independiente de investigadores iba acumulando, al mismo tiempo que afirmaban que estaban invirtiendo grandes sumas para develar la “verdad” del vínculo entre cigarrillos y enfermedades.

A este patrón de engaño hay que agregar que la industria tabacalera desarrolló y promovió a gran escala una diversidad de productos “saludables”. Tal es el caso de los cigarrillos que fueron promovidos como “más saludables”, pero que en los hechos no redujeron el riesgo. En particular los así denominados cigarrillos “light” (ligeros) o “bajos en alquitrán” que llegaron a dominar el mercado en muchos países, aun cuando la industria sabía (mucho antes que la comunidad dedicada a la salud pública) que la exposición a sustancias cancerígenas y toxinas no se reducía al cambiar de los cigarrillos “regulares” a los “ligeros” (la necesidad de evitar ese engaño llevó a la prohibición de esa

<sup>1</sup> Para proporcionar algunos ejemplos: a) United States of America v. Philip Morris USA, Inc. et al. [que se conoce comúnmente como el RICO case]; b) demanda que ahora se encuentra desarrollando en Quebec: CQCT et Jacques Blais c. JTI-Macdonald Corp. et al., lo mismo que Cécilia Létourneau c. JTI-Macdonald Corp. et al.; c) Rolah McCabe v. British American Tobacco Australia; d) demanda a cargo del Fiscal del Departamento del Distrito Federal del Brasil contra Souza Cruz S.A. et al. por publicidad engañosa. Para mayor información véase al final de este documento de política.

propaganda mediante la redacción del Artículo 11.1(a) del Convenio Marco para el Control del Tabaco).

### **La destrucción de documentación: el ejemplo de Australia**

El caso McCabe en Australia proporciona el ejemplo de una demanda legal de un individuo fumador contra una empresa cigarrera, BAT Australia. El juez que sigue el caso en el Tribunal Supremo desechó la defensa de la tabacalera sobre la base de que el comportamiento de la empresa —que incluyó la destrucción de miles de documentos internos de la empresa— había negado a Rolah McCabe un juicio justo. El veredicto del jurado ordenó una compensación por \$700,000 por daños. Ella murió a causa de cáncer de pulmón varios meses después.

En el proceso de apelación, el Tribunal de Apelaciones rechazó el veredicto del juez del caso con respecto a la política de “retención de documentos” de BAT. Sin embargo, varios años después un ex abogado de la industria hizo pública una demanda de destrucción sistemática de documentos por parte de BAT, apoyando los hallazgos del tribunal, convirtiéndose en un testigo importante en el caso de fraude organizado que se siguió en Estados Unidos, en cuyo marco el gobierno federal de Estados Unidos demandó con éxito a las principales fabricantes de cigarrillos, entre otras cosas por fraude.

En 2006, el estado de Victoria aprobó dos legislaciones —una civil y otra penal— relativas a la destrucción de documentos. Con ello se espera darle un vuelco a algunos aspectos del fallo del Tribunal de Apelaciones.

El caso McCabe permaneció en el tribunal por casi 10 años, antes de llegar a un acuerdo en marzo de 2011.

Debido a este patrón persistente de fraude y engaño y a las enfermedades ocasionadas a las víctimas, sus familiares han intentado, lo mismo que varios gobiernos, por varios decenios hacer responsable a la industria tabacalera, sea por la vía de demandas civiles o penales. Por su parte las empresas tabacaleras invierten cientos de millones de dólares en varias tácticas para retrasar los litigios, para hacer que los demandantes caigan en bancarrota y para esconder evidencia inculpadora incluido solicitud de privilegios solicitador/cliente sobre informes de investigación sensitiva, así como extensa destrucción de documentos.

Demandantes individuales han encontrado difícil vencer las tácticas de litigación de la industria tabacalera. Cuando las demandas han implicado un gran número de víctimas —sea en la forma *de class-action*, en las cuales a aquellos se les permite demandar en conjunto, o mediante acciones a cargo de gobiernos, para recobrar los costos de atención a la salud para los ciudadanos— la industria tabacalera ha buscado forzar a los demandantes a presentar evidencia médica que pruebe que los productos de tabaco han desempeñado un papel en la muerte o discapacidad en cada una de las víctimas individuales. Una cuestión que toma muchísimo tiempo.

En respuesta a dichas tácticas, varias

jurisdicciones han adoptado legislación para facilitar la litigación en contra de la industria tabacalera. Por ejemplo, dichas leyes podrían:

- Aclarar que evidencia estadística/epidemiológica es admisible.
- Estipular que los gobiernos pueden recuperar los costos por atención a la salud de manera agregada (esto es, sin tener que presentar individualmente y por separado cada uno de los casos de enfermedad ocasionada por tabaco).
- Estipular que una vez que se ha probado el engaño, depende del fabricante que pruebe que el engaño no ha tenido impacto en si la gente fuma o no y no a la inversa.
- Aclarar la responsabilidad compartida entre la casa matriz y las subsidiarias por ciertos tipos de comportamiento ilegal.
- Que las enfermedades relacionadas con el tabaquismo queden exentas de los límites normales para las demandas por responsabilidad civil, particularmente tomando en consideración el tiempo entre consumo de tabaco y enfermedad/muerte, y considerando el ocultamiento de información al que recurre la industria tabacalera.

## Responsabilidad de la industria tabacalera y el CMCT

Quienes participaron en las negociaciones reconocieron la importancia que tiene la responsabilidad al incluir un artículo específico sobre el tema en el CMCT de la OMS. El Artículo 19, que se basa en parte en el trabajo de un panel de expertos jurídicos que convocó la OMS. Dicho artículo estipula, *inter alia*, “las Partes considerarán la adopción de medidas legislativas o la promoción de sus leyes vigentes, cuando sea necesario, para ocuparse de la responsabilidad penal y civil, inclusive la compensación cuando proceda.”

Sin embargo como deja en claro el informe de la Secretaría a la COP (FCTC/COP/5/11), relativamente pocas Partes han tomado medidas específicas para hacer que la industria tabacalera asuma su responsabilidad por los actos ilícitos cometidos. Por ejemplo, sólo 17 por ciento de las Partes han respondido informes oficiales para 2012 informando el inicio de cualquier demanda por responsabilidad penal o civil con respecto al tabaco y sólo 15 por ciento informaron esfuerzos para recuperar gastos de atención a la salud y otros costos que se exige cubra la industria.

Como bien informan las notas de la Secretaría (véase párrafo 10 of FCTC/COP/5/11), “la finalidad del régimen de indemnización [a aplicarse con el Artículo 19] no se establece específicamente, y podría incluir el reembolso de los gastos de atención sanitaria, social y de otro tipo; las lesiones personales; los derechos e impuestos; o la recuperación del producto del delito.”

Litigar contra la industria tabacalera tiene una multiplicidad de posibles beneficios:

1. **Verdad** – tomando en consideración que mucho del comercio mundial de productos del tabaco está controlado por un puñado de multinacionales, los patrones de comportamiento de la industria del tabaco son en general similares en la mayor parte del mundo. Sin embargo, tiene valor desvelar a la luz pública la verdad histórica sobre el fraude relacionado con el tabaquismo en cada país y hacer que las subsidiarias locales (lo mismo que las empresas locales) asuman la responsabilidad de sus acciones.
2. **Justicia y disuasión** – una razón importante para litigar contra cualquiera que actúe con dolo es desalentar actos futuros de esa naturaleza; esto es, no sólo por parte de la industria tabacalera sino de cualquier industria que esté tentada a ocultar los daños que ocasionan sus productos.
3. **Compensación** – los productos de tabaco imponen enormes costos a los usuarios, sus familias, gobiernos y sociedad en su conjunto. Mientras tanto, incluso en países donde la prevalencia del uso de tabaco está en descenso, la industria tabacalera sigue siendo inmensamente lucrativa.
4. **Salud** – litigar puede mejorar la salud pública a través de varios canales. Primero, el litigar puede tener un efecto de educación pública tremendo, debido a la continua cobertura de los medios en cuanto a las acciones ilícitas de la industria tabacalera. Segundo, es típico que el litigio lleve a revelar documentos de la industria que se habían mantenido en secreto y que pueden llevar a una formulación de políticas informada. Tercero, cuando los daños están claramente establecidos, lo más probable es que ello lleve a un incremento en el precio de los productos de tabaco y con ello a una reducción en el consumo. Cuarto, los tribunales podrían imponer mayores restricciones al comportamiento de la industria tabacalera para evitar futuras acciones dolosas. Finalmente, todo o parte de cualquier daño reconocido sean incluidos como parte de las iniciativas para el control de tabaco.

No obstante, da la impresión que las Partes no están conscientes de todos estos beneficios potenciales o bien que carecen de estrategias para superar obstáculos a una litigación efectiva. El tema que enfrenta ésta reunión de la Conferencia de las Partes es cómo facilitar de la mejor forma la aplicación del Artículo 19.

### **Un grupo de expertos para el Artículo 19: una excelente propuesta**

La recomendación clave en el informe de la Secretaría sobre el Artículo 19 es la formación de un grupo de expertos para “desarrollar más en detalle los medios que le permitirían apoyar a las Partes en sus actividades de conformidad con el Artículo 19”.

En particular, el informe sugiere que a este grupo de expertos se le dé el mandato de, entre otras cosas, redactar un proyecto de principios que aborden los aspectos relativos a la responsabilidad y hasta la posibilidad de formular una legislación modelo (de aquí en adelante elementos básicos). Esto sería en principio un trabajo similar al que desarrolló el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (véase el párrafo 24 del informe de la Secretaría en las directrices del PNUMA para el desarrollo de legislación nacional sobre responsabilidad, acciones de respuesta y compensación por daños ocasionados por actividades peligrosas para el medio ambiente).

#### **Un posible mandato para un grupo de expertos para el Artículo 19**

El informe de la Secretaría, en sus párrafos 34-36, propone un posible mandato para un grupo de expertos para el Artículo 19. Dicho mandato incluiría identificar las mejores prácticas a escala nacional y sugerir apoyo apropiado a los mecanismos (párrafo 34); preparar un proyecto de principios (incluyendo comentarios) para formular demandas por responsabilidad civil o penal; incluyendo un modelos de ley (párrafo 35) y los siguientes asuntos (párrafo 36)

- (a) posibles elementos de política para adoptar legislación sobre responsabilidad de la industria tabacalera (incluidos, por ejemplo, la disuasión, la recuperación de gastos y la educación del público);
- (b) orientación acerca de la manera de obtener asesoramiento jurídico especializado;
- (c) información sobre la mejor manera de hacer participar a abogados locales en los litigios, con miras a desarrollar la capacidad;
- (d) sugerencias sobre la participación de la sociedad civil;
- (e) orientación acerca de la mejor forma de utilizar la educación del público para promover los objetivos de los litigios, en particular cuando son entablados por una Parte;
- (f) cómo localizar los pertinentes documentos y otras pruebas y conseguir su admisión;
- (g) cómo se podrían recopilar en un único lugar los mejores materiales probatorios clave disponibles;
- (h) consideración de la mejor manera de participar en actividades efectivas de cooperación internacional;
- (i) formulación de recomendaciones a la COP sobre otras medidas que podría adoptar para promover la aplicación del artículo 19.

Como lo entiende la FCA, esta propuesta no implicará formular todas las directrices para la aplicación del Artículo 19, como ya se ha hecho para los artículos 5.3, 8, 9/10, 11, 12, 13, 14 y (todavía como proyecto para su aprobación en la COP5) el Artículo 6. Por el contrario, el grupo de expertos estudiará los diversos obstáculos para una litigación efectiva contra la industria tabacalera y las formas como se los puede superar mediante la cooperación entre las Partes, incluyendo la COP, y con acciones nacionales.

En la opinión de la FCA, un grupo de expertos podría ser de inmenso valor. Es muy probable que muchas Partes evitarán el litigio no tanto porque duden de su valor, sino porque tienen dudas sobre

su capacidad de vencer las tácticas obstructivas de la industria tabacalera. Una herramienta como un modelo de legislación comentada, podría fustigar acciones legislativas en todas las regiones.

No debe retrasarse más la acción referente al Artículo 19, ya que puede hacer una importante contribución a acelerar la aplicación de la totalidad del CMCT.

La FCA invita a que las Partes adopten la propuesta de un grupo de trabajo para el Artículo 19 y asegurar su financiamiento para que culmine su trabajo para la COP6.

### ***Legislación canadiense facilita demandas en contra de la industria tabacalera***

En la provincia canadiense de Columbia Británica, la Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act entró en vigor en 2001. Esta ley que se inspira en parte en un estatuto previo en el estado de Florida, Estados Unidos, establece un marco en el cual el gobierno de la provincia puede demandar a la industria tabacalera para recuperar los costos que el tabaquismo ha tenido para la salud pública. Esta ley considera entre sus disposiciones:

- que la industria tabacalera pruebe que sus acciones ilícitas no tuvieron costos de atención a la salud a causa del tabaquismo (normalmente el peso de la evidencia recaería en el gobierno en tanto que demandante);
- eliminar el periodo límite (fecha límite) para presentar una demanda, lo que permite que el gobierno persiga daños ocasionados por acciones ilícitas que se remontan a 1950, por ejemplo;
- permite que el gobierno utilice variada evidencia estadística para probar sus casos;
- permite que el gobierno busque recuperar costos futuros proyectados, además de costos pasados, relacionados con acciones ilícitas y comportamientos ilícitos de la industria;
- permite que los daños se asignen principalmente con base en la participación de las empresas en el mercado.

En 2005, la Corte Suprema del Canadá reconoció la constitucionalidad de la legislación en la Columbia Británica, rechazando la objeción entablada por la industria tabacalera.<sup>1</sup> 9 de 10 provincias canadienses comparten un sistema legislativo con base en la tradición británica, y cada una ha adoptado legislación básicamente idéntica a la de la Columbia Británica. La provincia de Quebec, que tiene un sistema de legislación civil basado en la tradición francesa, ha adoptado legislación similar en efecto a la que tiene la legislación de la Columbia Británica, aun cuando su redacción es distinta.

Nueve de 10 gobiernos provinciales han entablado demandas legales contra la industria tabacalera, que colectivamente buscan una compensación de más de 100 mil millones de dólares estadounidenses por daños ocasionados. Las fechas del juicio aún no se han fijado. Las partes acusadas incluyen matrices de las empresas como Philip Morris y British American Tobacco. La provincia restante, Nueva Escocia, ha anunciado su intención de presentar una demanda legal.

#### **Para mayor información sobre demandas legales:**

**United States of America v. Philip Morris USA, Inc. et al. [se la conoce comunmente como RICO case].**

La siguiente línea de tiempo hecha por la Campaign for Tobacco-Free Kids proporciona una visión general e incluye links hacia el juicio ("opinión final" sobre la línea de tiempo, sólo en inglés): [http://www.tobaccofreekids.org/what\\_we\\_do/industry\\_watch/doj\\_lawsuit/timeline/](http://www.tobaccofreekids.org/what_we_do/industry_watch/doj_lawsuit/timeline/)

**Class action lawsuits now being heard in Québec, Canada: CQCT et Jacques Blais c. JTI-Macdonald Corp. et al., as well as Cécilia Létourneau c. JTI-Macdonald Corp. et al.**

Documentos que se presentan como evidencia están disponibles en (sólo en inglés y francés): <http://www.cqts.qc.ca/recours/en/legal-documents/>

**Rolah McCabe v. British American Tobacco Australia.**

Decisión de la Corte Suprema de Victoria (sólo en inglés): <http://www.austlii.edu.au/au/cases/vic/VSC/2002/73.html>

---

<sup>i</sup> British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd., Supreme Court of Canada, 2005, <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/2282/index.do>.