

**Philip Morris Brands Sàrl (Suiza), Philip Morris Products S.A. (Suiza) y Abal  
Hermanos S.A. (Uruguay)**  
(Los Demandantes)

y

**República Oriental del Uruguay**  
(El Demandado)

(Caso CIADI No. ARB/10/7)

***Opinión Concurrente y Disidente***

Sr. Gary Born, Árbitro

*Fecha de envío a las partes: 8 de julio de 2016*

## OPINIÓN CONCURRENTENTE Y DISIDENTE

1. Estoy de acuerdo con prácticamente todas las conclusiones contenidas en el Laudo del Tribunal. Asimismo, tengo un profundo respeto por los miembros del Tribunal, y el cuidado y diligencia que le han asignado a este procedimiento. Escribo por separado, con respecto a dos cuestiones concretas, sólo en razón de mi desacuerdo fundamental con las conclusiones y razonamientos del Tribunal sobre estas cuestiones. A parte de estas cuestiones, estoy de acuerdo con las conclusiones del Tribunal en su Laudo.

2. Las dos cuestiones respecto de las cuales disiento con el Tribunal se refieren a la interpretación del Artículo 3(2) del Acuerdo de fomento y protección recíproca de las inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay de fecha 7 de octubre de 1988 (“TBI”). En particular, no puedo estar de acuerdo con que el hecho de que Uruguay no le proporcionara a las Demandantes alguna forma de recurso judicial tras las sentencias contradictorias de la Suprema Corte de Uruguay y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo no constituyera una denegación de justicia o que el “requisito de presentación única” de Uruguay para los productos de tabaco no constituyera una denegación del tratamiento justo y equitativo. Por el contrario, con respecto a cada uno de estos fundamentos, arribo a la conclusión de que Uruguay violó el Artículo 3(2) del TBI.

3. A título preliminar, es importante hacer hincapié en el alcance limitado de las dos conclusiones que anteceden. Mis conclusiones no constituyen en modo alguno una observación en cuanto a la potestad soberana de Uruguay (o de cualquier otro Estado) de salvaguardar la salud o seguridad de su población, o de promulgar legislación para el control del tabaco, o de evitar empaquetados de tabaco falaces y engañosos o la comercialización de los mismos. La adopción de dichas medidas se enmarcan dentro de la soberanía regulatoria de Uruguay, la cual no es en absoluto cuestionada en mi Opinión. En cambio, esta Opinión se refiere a dos aspectos sumamente inusuales del sistema jurídico uruguayo, ninguno de los cuales involucra la autoridad regulatoria soberana de Uruguay, aunque ambos conllevan a violaciones de los derechos individuales protegidos en virtud del Artículo 3(2) del TBI.

4. En primer lugar, esta Opinión hace hincapié en un aspecto realmente inusual del sistema jurídico de Uruguay el cual generó un resultado para el presente caso que nunca antes había tenido lugar en el marco de la legislación de Uruguay. Tal como se analizará *infra*, dos de los máximos tribunales en materia civil del país llegaron a interpretaciones directamente contradictorias respecto de, precisamente la misma disposición legal, dentro del marco de procedimientos íntimamente vinculados, que comprendían reclamos presentados por la misma parte en contra del gobierno, al tiempo que estas interpretaciones contradictorias fueron luego aplicadas, en cada caso, para denegar a dicha parte una reparación. Además esa misma parte no disponía de ningún otro foro judicial ante el cual plantear, de cualquier otro modo, impugnaciones a la constitucionalidad de la disposición legal pertinente, al haber sido interpretada y aplicada con autoridad, respecto de dicha parte. En mi opinión, ese resultado sin precedentes constituyó una llana denegación de justicia en virtud del Artículo 3(2) del TBI y principios básicos del derecho internacional.

5. En segundo lugar, esta Opinión está dirigida a un aspecto igualmente inusual del régimen regulatorio del tabaco de Uruguay – a saber, un “requisito de presentación única” que permite sólo una presentación única de cualquier marca utilizada en la comercialización de productos de tabaco. Es indiscutible que ningún otro país en el mundo ha adoptado un requisito

tal, el cual no es exigido ni contemplado por el régimen regulatorio internacional integral para productos de tabaco. En mi opinión, dado los antecedentes de hecho en cuyo contexto se adoptó este requisito y el material probatorio en este procedimiento, este requisito sin precedentes es manifiestamente arbitrario y desproporcionado y, en consecuencia, constituyó una denegación del tratamiento justo y equitativo en virtud del Artículo 3(2) del TBI y del derecho internacional.

## **I. EL HECHO DE QUE URUGUAY NO PROPORCIONARA ALGUNA FORMA DE RECURSO TRAS LAS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS DE LA SUPREMA CORTE Y EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSTITUYÓ UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA**

6. En primer lugar, voy a considerar el reclamo de denegación de justicia de las Demandantes con base en la decisión relativa a las impugnaciones al llamado requisito del “80/80” impuesto por el Decreto 287/009 y la Ordenanza 466. En particular, las Demandantes afirman que Uruguay “le denegó efectivamente a Abal el derecho a una sentencia sobre la legalidad del requisito del 80/80”, [Traducción libre], cuando la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, (“Suprema Corte”) y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (“TCA”) dictaron sentencias contradictorias con respecto al significado de los Artículos 9 y 24 de la Ley 18.256<sup>1</sup>. Las Demandantes alegan que estas sentencias afirmativamente contradictorias de la Suprema Corte y del TCA resultaron en una denegación de justicia, en violación de la garantía de tratamiento justo y equitativo del Artículo 3(2) del TBI<sup>2</sup>.

7. La Demandada sostiene que la Suprema Corte y el TCA son órganos gubernamentales separados e independientes, y durante décadas el derecho uruguayo ha permitido la posibilidad que estos órganos lleguen a conclusiones inconsistentes<sup>3</sup>. La Demandada sostiene, asimismo, al menos en algunas de sus presentaciones, que las sentencias de la Suprema Corte y del TCA son consistentes, porque los dos tribunales trataron y resolvieron cuestiones diferentes<sup>4</sup>.

8. El Tribunal acepta en parte las conclusiones de la Demandada, al sostener que la Suprema Corte y el TCA arribaron a resultados contradictorios, que fueron “inusuales, incluso sorprendentes”<sup>5</sup>, pero que esta rareza no es suficientemente “impactante” o “grave”<sup>6</sup> para constituir una denegación de justicia. Adoptando el análisis de la Demandada, el Tribunal concluye que los sistemas judiciales de otros sistemas jurídicos nacionales permiten resultados inconsistentes de tipo similar, citando una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”)<sup>7</sup>.

9. En mi opinión, en las circunstancias particulares de este caso, las sentencias contradictorias de la Suprema Corte y del TCA operaron denegándoles a las Demandantes acceso a la justicia. Esas decisiones fueron pronunciadas en procedimientos íntimamente vinculados que comprendían a las mismas partes e interpretaban la misma disposición de la legislación de Uruguay pero dentro de los cuales dicha disposición tenía un significado

---

<sup>1</sup> Memorial de las Demandantes, II.C.2, pág. 75.

<sup>2</sup> Memorial de las Demandantes, III.B., págs. 115-21; Memorial de las Demandantes, III.A.2., págs. 96-109.

<sup>3</sup> Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 11.113.

<sup>4</sup> Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 11.62 y ss.

<sup>5</sup> Laudo, párr. 529.

<sup>6</sup> Laudo, párr. 527, 529.

<sup>7</sup> Laudo, párr. 529-532.

diametralmente opuesto y contradictorio, en cada caso siendo el fundamento para rechazar las pretensiones planteadas por Abal. Como consecuencia de dichas decisiones contradictorias, Abal no disponía de ningún otro foro judicial en el cual iniciar impugnaciones generalmente disponibles en virtud de la constitucionalidad de la Ley 18.256, al haber sido dicha disposición interpretada y aplicada por el TCA con autoridad, respecto de Abal. No puedo evitar concluir que el funcionamiento de sistema jurídico de Uruguay, en estas circunstancias, constituyó una denegación de justicia en virtud de la violación del Artículo 3(2) del TBI.

#### A. Cuestiones preliminares

10. A título preliminar, resulta importante tener claro que el reclamo de las Demandantes no requiere que el Tribunal decida si la existencia de órganos judiciales paralelos o equivalentes – esto es, la Suprema Corte y el TCA – constituye una denegación de justicia. Muchos sistemas jurídicos poseen divisiones comparables de potestad jurídica, y la existencia de tribunales especializados que operan dentro de un único sistema jurídico no proporciona un fundamento independiente para una demanda de denegación de justicia. Por el contrario, la existencia de estos tribunales especializados pretende precisamente garantizar que no se deniegue la justicia y que se promueva el estado de derecho.

11. El reclamo de las Demandantes tampoco requiere que el Tribunal decida si el hecho de dictar sentencias contradictorias relativas a la misma cuestión de derecho por parte de órganos judiciales paralelos y equivalentes, constituye una denegación de justicia. Este resultado es teóricamente posible en sistemas en los cuales existen tribunales judiciales paralelos y equivalentes y, en consecuencia, prácticamente todos los sistemas jurídicos han adoptado mecanismos para evitar o prevenir sentencias contradictorias<sup>8</sup>. Sin embargo, nuevamente, el reclamo de las Demandantes no exige decidir si se requieren estos mecanismos como una cuestión del TBI o del derecho internacional consuetudinario.

12. En cambio, esta controversia refiere a una circunstancia realmente inusual en la cual tribunales judiciales paralelos de Uruguay - es decir, la Suprema Corte y el TCA - llegaron a decisiones contradictorias respecto de la interpretación de la misma disposición legal en procedimientos íntimamente relacionados, con respecto a la misma parte, y en cada caso se aplicaron dichas interpretaciones contradictorias para denegar a la citada parte una reparación respecto de reclamos planteados en contra del gobierno. Asimismo, y subsiguientemente a las referidas decisiones contradictorias, se le denegó también a la misma parte una oportunidad de presentar, ante una autoridad judicial uruguaya competente, un recurso constitucional reconocidamente serio contra la legislación de Uruguay (específicamente, la Ley 18.256), en tanto esa legislación había sido interpretada y aplicada con autoridad por el TCA. En mi opinión, eso constituye una denegación paradigmática al acceso a la justicia que no puede desestimarse simplemente como una rareza o una curiosidad inusual, sino que se trata en cambio de una violación de garantías básicas del derecho internacional.

---

<sup>8</sup> Véase, L. Garlicki, 'Constitutional courts versus supreme courts', (2007) 5(1) *Int J Constitutional Law* 44 (que cita, por ejemplo, al Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*); *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud de TEDH N.º 13279/05, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párr. 34 (que cita a Alemania, Ucrania, Grecia y Bulgaria) [Anexo REX-010]).

B. *Antecedentes de hecho*

13. En mi opinión, resulta importante iniciar la consideración de esta cuestión mencionando los antecedentes procesales y de hecho que son relevantes. Estos antecedentes son esenciales respecto de la consideración y resolución del reclamo de las Demandantes.

1. La Suprema Corte de Justicia de Uruguay y el *Tribunal de lo Contencioso Administrativo*

14. El máximo tribunal en materia civil de Uruguay es la Suprema Corte de Justicia de Uruguay conformada en virtud de la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1952. La Suprema Corte tiene la facultad de interpretar la legislación de Uruguay y determinar la constitucionalidad de dicha legislación<sup>9</sup>. La Suprema Corte tiene asimismo la facultad de revisar las decisiones de los tribunales inferiores por medio de casación<sup>10</sup>.

15. El *Tribunal de lo Contencioso Administrativo* (TCA) es una entidad de gobierno establecida conforme a la Constitución de la República Oriental del Uruguay<sup>11</sup>. El TCA es, en todo aspecto relevante, una entidad judicial pero, sin embargo, no pertenece formalmente al poder judicial de Uruguay y es independiente tanto del gobierno de dicho país como del referido poder judicial, inclusive de la Suprema Corte de Uruguay<sup>12</sup>. La Constitución de Uruguay<sup>13</sup> y la Ley N.º 15.869 de fecha 22 de junio de 1987 confieren jurisdicción al TCA<sup>14</sup>. Específicamente, el TCA tiene la facultad de decidir las controversias en virtud de la validez de los actos administrativos, lo que incluye la interpretación de la legislación uruguaya que autoriza o anula dichos actos administrativos<sup>15</sup>.

16. El único aspecto en el cual la Constitución de Uruguay limita la independencia del TCA *vis-à-vis* la Suprema Corte es el Artículo 258 de la Constitución que dispone que el TCA debe cumplir la determinación de la Suprema Corte respecto de la inconstitucionalidad de una norma en particular<sup>16</sup>. El perito de la Demandada en materia de legislación uruguaya describe la división institucional entre el TCA y la Suprema Corte como “*sui generis*”<sup>17</sup>.

---

<sup>9</sup> Constitución de la República Oriental del Uruguay, Artículo 256 (“Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes”); Artículo 257 (“A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas”).

<sup>10</sup> Opinión de Rotondo, párr. 25 [Anexo REX-007] (“La Suprema Corte ejerce en exclusividad el control de constitucionalidad de las leyes e interviene en última instancia en las contiendas en las cuales las partes hayan interpuesto el recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales de Apelaciones”).

<sup>11</sup> Opinión de Rotondo, párr. 48 [Anexo REX-007].

<sup>12</sup> Opinión de Rotondo, párrs. 5, 7, 48 [Anexo REX-007].

<sup>13</sup> Constitución de la República Oriental del Uruguay, Artículo 309.

<sup>14</sup> Opinión de Rotondo, párr. 5 [Anexo REX-007].

<sup>15</sup> Opinión de Rotondo, párr. 6 [Anexo REX-007] (“La competencia del TCA es entender en las demandas de nulidad de los actos administrativos definitivos dictados por cualquier órgano del Estado que sean contrarios a una ‘regla de derecho’, lo que incluye los que estén viciados por desviación, abuso o exceso de poder ... El TCA anula o confirma el acto administrativo impugnado, sin reformarlo”).

<sup>16</sup> Constitución de la República Oriental del Uruguay, Artículo 258 (“En caso [de que una ley sea declarada inconstitucional], se suspenderán los procedimientos [del TCA], elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia”).

<sup>17</sup> Opinión de Rotondo, párr. 55 [Anexo REX-007] (“Por todo lo expresado en el presente informe se puede concluir que: a) El sistema jurisdiccional uruguayo es *sui generis*...”).

## 2. La ley 18.256 y el Decreto 287/009

17. El reclamo de las Demandantes respecto de la denegación de justicia surge de las impugnaciones planteadas por Abal a la Ley 18.256 y al Decreto 287/009 conforme a la legislación uruguaya. En particular, Abal impugnó la constitucionalidad de la Ley 18.256 ante la Suprema Corte de Justicia de Uruguay y la validez del Decreto 287/009 ante el TCA. Resulta importante apreciar las cuestiones esgrimidas en estos dos procedimientos y las disposiciones normativas uruguayas pertinentes que fueron objeto de dichos procedimientos.

18. El Parlamento uruguayo sancionó la Ley 18.256 el 6 de marzo de 2008. Los Artículos 9 y 24 constituyen las porciones pertinentes de la Ley 18.256 a los efectos de lo aquí discutido. Dichos artículos rezan lo siguiente:

*Artículo 9. (Advertencias sanitarias). – En todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externo de los mismos, deberán figurar advertencias sanitarias e imágenes o pictogramas, que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco u otros mensajes apropiados. Tales advertencias y mensajes deberán ser aprobados por el Ministerio de Salud Pública, serán claros, visibles, legibles y ocuparán por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las superficies totales principales expuestas. Estas advertencias deberán modificarse periódicamente de acuerdo a lo establecido por la reglamentación.*

*Todos los paquetes y envases de productos de tabaco y todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos, además de las advertencias especificadas en el inciso anterior, contendrán información de la totalidad de los componentes de los productos de tabaco y de sus emisiones, de conformidad con lo dispuesto por el Ministerio de Salud Pública.*

*Artículo 24. (Regulación). – El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley en un plazo de noventa días contados desde la fecha de su promulgación<sup>18</sup>.*

19. Con el propósito de implementar la Ley 18.256, el Presidente de Uruguay emitió el Decreto Presidencial 287/009 el día 15 de junio de 2009. El referido Decreto disponía el denominado requisito gráfico de advertencia 80/80, por el cual se establecía que las compañías tabacaleras debían incluir advertencias sanitarias gráficas en, al menos, el 80% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco:

*Dispónese que las advertencias sanitarias a ser utilizadas en los envases de productos de tabaco, que incluyen imágenes y/o pictogramas y leyendas, deberán ocupar el 80% (ochenta por ciento) inferior de ambas caras principales de toda cajilla de cigarrillos y en general en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetados y etiquetado de similar característica<sup>19</sup>.*

20. El Ministerio de Salud Pública de Uruguay adoptó la Ordenanza 466 el día 1 de septiembre de 2009, haciendo efectivo el Decreto Presidencial 287/009. La Ordenanza 466 disponía el requisito gráfico de advertencia 80/80 en su Artículo 1, y reza lo siguiente:

---

<sup>18</sup> Ley 18.256 de la República Oriental del Uruguay (6 de marzo de 2008), Artículos 9, 24 [Anexo RL-6].

<sup>19</sup> Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 287/009 (15 de junio de 2009), Artículo 1 [Anexo RL-4].

*Los pictogramas a utilizarse en los envases de productos de tabaco se definen en seis (6) imágenes combinadas con las correspondientes leyendas (parte anterior y posterior) que deberán ser estampadas en el 80% (ochenta por ciento) inferior de ambas caras principales de toda cajilla de cigarrillos, y, en general, en los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado de similar característica, en el orden y según la forma que lucen en el modelo adjunto, que forma parte integrante de la presente Ordenanza, debiéndose imprimir igual número de cada tipo de combinación de imagen y leyenda para cada marca que exista en el mercado<sup>20</sup>.*

Tal como se indicara *supra*, el reclamo de las Demandantes relativo a la denegación de justicia surge del manejo que se le dio a las impugnaciones que Abal presentó respecto de la Ley 18.256 y el Decreto 287/009 ante los tribunales de Uruguay.

3. Las impugnaciones de Abal respecto de la Ley 18.256 y el Decreto 287/009

21. Poco después de la promulgación de la Ordenanza 466, el día 11 de septiembre de 2009, Abal presentó una acción ante la Suprema Corte - *Abal Hermanos S.A. c. Poder Legislativo y Ministerio de Salud* - en la que se objetaba la constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256<sup>21</sup>. El fundamento de la acción de Abal radicaba en que la facultad que el Artículo 9 le confería al Presidente y al Ministerio de Salud Pública respecto del requisito de las advertencias gráficas superiores al 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco violaría los límites de la delegación de facultades legislativas conforme a la Constitución de Uruguay.

22. Seis meses después, el día 22 de marzo de 2010, Abal presentó una acción (acción de nulidad) ante el TCA en la que solicitaba la anulación del requisito 80/80 contemplado en la Ordenanza 466 y en el Decreto 287/009<sup>22</sup>. El fundamento de la acción de Abal radicaba en que la Ordenanza 466 y el Decreto 287/009 excedían el alcance debidamente establecido por la Ley 18.256 al requerir advertencias gráficas que abarcaran el 80%, mientras que, en virtud de una correcta interpretación, la Ley 18.256 sólo disponía un requisito de advertencias gráficas del 50%.

23. Inmediatamente después de que Abal presentara su acción ante el TCA, dicho tribunal suspendió sus procedimientos hasta tanto la Suprema Corte no se pronunciara respecto de la impugnación de constitucionalidad contra la Ley 18.256 presentada por Abal. Según lo expresara el TCA, la decisión de la Suprema Corte comprendería una “*cuestión previa*” garantizando, así, la suspensión de los procedimientos del TCA hasta que la Suprema Corte emitiera su decisión<sup>23</sup>.

24. En los procedimientos presentados por Abal ante la Suprema Corte en los que se impugna la constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256, el Poder Legislativo de Uruguay realizó presentaciones formales respecto del reclamo de Abal. El Poder Legislativo sostuvo que la Ley 18.256 era constitucional ya que el Artículo 9 no autorizaba la presencia de

---

<sup>20</sup> Ordenanza 466 del Ministerio de Salud Pública, 1 de septiembre de 2009, Artículos 1-2 [Anexo C-043].

<sup>21</sup> Reclamación de Abal que formula las Impugnaciones a la Ley 18.256 ante la SCJ, 11 de septiembre de 2009 [Anexo R-216].

<sup>22</sup> Véase Acción de Nulidad de Abal respecto del Decreto 287 Ante el TCA, 22 de marzo de 2010 [Anexo C-049].

<sup>23</sup> Véase Recurso de Abal Hermanos S.A., Recurso para Suspender el Proceso, Caso TCA N.º 132/2010, 3 de mayo de 2010 [Anexo R-224].

advertencias gráficas superiores al 50% en la superficie de los paquetes de productos de tabaco; y asimismo reconoció que, en el supuesto de que la Ley 18.256 delegara autoridad para requerir advertencias gráficas superiores al 50%, la norma debería haber estado sujeta a impugnación conforme a la Constitución de Uruguay en calidad de delegación excesiva de la facultad legislativa. La presentación del Poder Legislativo en el procedimiento de Abal concluyó lo siguiente:

*3.9 Cuando la ley dice 'por lo menos el 50%' está fijando el límite cuantitativo al derecho fundamental, esto es, el tamaño de la advertencia sanitaria. Esta determinación legal tiene una doble consecuencia:*

*1. Impone a las tabacaleras la obligación de incluir una advertencia que ocupe por lo menos el 50% del paquete o envase - lo que significa que podría ocupar más, si lo quisiera la tabacalera - nunca menos; e*

*2. Impone al Ministerio de Salud Pública la obligación de rechazar una solicitud de aprobación de una advertencia sanitaria que ocupara menos del 50% de las superficies referidas.*

3. Pero no habilita a la reglamentación a fijar un porcentaje superior: ... Ello no es lo permite la ley, porque no existe razón alguna para sostener [la postura] que debiera fluctuar ese porcentaje periódicamente. ...

*3.10. ... Lo que la ley establece es que dichos envases no pueden exhibir una advertencia inferior al cincuenta por ciento (por lo menos el 50%) y que el Ministerio no deberá aprobarlas. Lo único que la ley atribuyó a la reglamentación es la regulación periódica de la modificación de la advertencia, en aquello que razonablemente no pueda la ley determinar, que no es el porcentaje de afectación de la superficie.*

*...[P]ese a la reserva legal para la limitación de derechos, es razonable que la ley cometa a la Administración la determinación exacta de la limitación cuando el Poder Legislativo no cuenta con la información, aptitud o asesoramiento técnico para la confección de advertencias y mensajes 'claros, visibles, legibles'... Por lo tanto, ... la posibilidad de una '... estrecha excepción para la delegación...' ... se configura plenamente en el caso por estar '... justificada por necesidades técnicas o prácticas'. Pero no en lo que se refiere al porcentaje de afectación de las superficies de deban ocupar las advertencias sanitarias; sino a las modificaciones periódicas de dichas advertencias<sup>24</sup>...*

25. El *Fiscal de Corte y Procuraduría General de la Nación*<sup>25</sup> de Uruguay también realizó presentaciones formales en el procedimiento de Abal ante la Suprema Corte. Tal como lo hiciera el Poder Legislativo de Uruguay, el Fiscal de Corte y Procuraduría General sostuvo que el Artículo 9 de la Ley 18.256 era constitucional porque la legislación no autorizaba la

---

<sup>24</sup> Respuesta del Poder Legislativo, párrs. 3.9 - 3.10 [Anexo C-046].

<sup>25</sup> La Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal faculta al Fiscal de Corte y Procuraduría General de Uruguay (Decreto ley N.º 15.365) para proceder de la siguiente manera: (i) investir la representación del Ministerio Público y Fiscal ante la Suprema Corte de Justicia, con carácter privativo; (ii) representar al Ministerio Público en las causas de competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia y ser oído en todas las demás que tramiten ante dicha Corporación, cuando en ellas estuvieran comprometidos leyes o principios constitucionales o cuando resultaren afectados o pudieren serlo, los intereses generales de la Sociedad, del Estado o del Fisco; (iii) intervenir en las solicitudes de declaración de inconstitucionalidad; y (iv) ser oído en los conflictos de competencia a resolver por la Suprema Corte de Justicia. (Véase Memorial de las Demandantes, nota al pie 217).

presentación de advertencias gráficas superiores al 50% de las superficies de los paquetes de productos de tabaco, indicando una vez más que la interpretación de la ley en sentido contrario la tornaría inconstitucional.

26. De acuerdo con lo expresado por el Fiscal de Corte y Procuraduría General, “en realidad la norma, en cuanto al porcentaje afectado, se limita a establecer que no puede ser inferior al 50% de la superficie. ... [E]l Ministerio de Salud Pública, a quien se comete la aprobación de tales advertencias y mensajes, no los podrá aprobar si son inferiores a ese 50%”. El Fiscal de Corte y Procuraduría General señaló que “no hay alusión a que el Poder Ejecutivo pueda fijar un porcentaje mayor”, y en consecuencia, “la disposición no contiene entonces delegación alguna en tal sentido”<sup>26</sup>.

27. La Suprema Corte de Uruguay aceptó los argumentos presentados por el Poder Legislativo y el Fiscal de Corte y Procuraduría General de la Nación. En lo que fuera una decisión debidamente fundada, la Corte sostuvo que el Artículo 9 de la Ley 18.256 no facultaba al Ministerio de Salud Pública a requerir advertencias gráficas que ocuparan más del 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco, a la vez que indicaba que una interpretación de la legislación en sentido contrario la tornaría inconstitucional (fundado en una delegación excesiva de la facultad legislativa).

28. La Suprema Corte interpretó el requisito del Artículo 9 de que las advertencias gráficas deberán “ser claras, visibles, legibles ... y ocuparán por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las superficies totales principales expuestas”, como si dicha disposición no delegara autoridad adicional alguna para requerir advertencias que ocupen más del 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco. En palabras de la Suprema Corte:

*La Ley N.º 18.256, [...] no delega en el Poder Ejecutivo un poder discrecional de imponer restricciones por encima de dicho mínimo, sino que impone a la tabacalera la obligación de que el etiquetado externo de los paquetes contenga una advertencia que ocupe ‘por lo menos el 50% de las superficies totales principales expuestas’. Como alegan los representantes del Poder Legislativo, el texto de la norma ‘por lo menos’ debe entenderse en el sentido de que la advertencia sanitaria podría ocupar más espacio - si lo quisiera la tabacalera - pero nunca menos del mínimo fijado en 50%.*

*Asimismo, surge del texto que lo único que la norma deja en el ámbito del Poder Ejecutivo (Ministerio de Salud Pública) es controlar –a efectos de su aprobación– que las advertencias y mensajes sean claros, visibles, legibles y ocupen por lo menos el 50% (cincuenta por ciento) de las superficies totales principales expuestas, así como la modificación periódica de las referidas advertencias, aspecto que claramente refiere al mensaje y no al tamaño de las mismas. En consecuencia, al estar determinado por la Ley el límite mínimo de las advertencias para que sean aprobadas por el Ministerio de Salud Pública, y dejar únicamente librado a la reglamentación aspectos que tienen que ver con su ejecución, no pueden considerarse vulnerados en la especie los principios de legalidad e indelegabilidad<sup>27</sup>.*

---

<sup>26</sup> Opinión del Fiscal de Corte y Procuraduría General de la Nación, Sección 2 [Anexo C-197].

<sup>27</sup> Decisión de la Suprema Corte N.º 1713, párr. 4 [Anexo C-051].

En síntesis, la conclusión de la Suprema Corte resultó inequívoca en cuanto a que la Ley 18.256 no autorizaba al Ministerio de Salud, o - de forma más general - al Poder Ejecutivo de Uruguay, para requerir que las advertencias gráficas ocuparan más del 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco.

29. Luego de la decisión de la Suprema Corte, se levantó la suspensión de los procedimientos presentados por Abal ante el TCA y dicho tribunal emitió una decisión respecto del reclamo de Abal de que el Decreto 287/009 y la Ordenanza 466 carecían de toda validez debido a que, conforme al Artículo 9 de la Ley 18.256, el Poder Ejecutivo de Uruguay no estaba facultado para requerir advertencias gráficas que ocuparan más del 50% de la superficie de los paquetes de tabaco. El TCA rechazó la impugnación de Abal, así como también rechazó la conclusión anterior de la Suprema Corte en el sentido de que el Artículo 9 de la Ley 18.256 no autorizaba el requisito de advertencias gráficas que cubrieran más del 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco.

30. La breve fundamentación que ofreció el TCA con respecto a su decisión en el el procedimiento instaurado por Abal, corresponde a la cita de una decisión pronunciada en otro procedimiento que fuera iniciado por otra compañía tabacalera en contra de la Ley 18.256 y del Decreto 287/009. En su parte pertinente, la opinión del TCA rezaba lo siguiente:

*[El Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco] consta de un preámbulo y 38 artículos. En el primero se señala explícitamente que el tabaquismo es una epidemia con graves consecuencias a la Salud Mundial, en tanto: ‘... los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia...’, a ese respecto es que las disposiciones del Convenio procuran regular las advertencias de las cajillas de cigarrillos a efectos de que la población acceda a información veraz sobre los químicos que están ingiriendo y consumiendo.*

*Razón por la cual, la Ley 18.256 ingresa en directa y franca sintonía jurídica con las disposiciones internacionales, legislando y regulando las disposiciones del Convenio, en cumplimiento de las obligaciones para con la humanidad y la comunidad internacional que adoptó la República Oriental del Uruguay. Así, la Ley 18.256 marca claramente el mínimo legal de la advertencia y encomienda a la reglamentación su ampliación y/o cambio, cuya evidente finalidad estriba en que el consumidor no se familiarice y conviva sin percibir sobre las consecuencias perniciosas atribuibles a los productos de tabaco<sup>28</sup>.*

31. Al formular esta conclusión, el TCA rechazó la interpretación del Artículo 9 de la Ley 18.256 que la Suprema Corte había adoptado previamente<sup>29</sup>. Tal como se analizó *supra*, la

---

<sup>28</sup> Decisión 512 del TCA, Sección VI [Anexo C-116].

<sup>29</sup> La interpretación del TCA de la Ley 18.256, citada *supra* en su parte pertinente, no proporciona fundamento alguno de su razonamiento para rechazar las opiniones del Poder Legislativo de Uruguay y del Procurador General del Estado.

El testimonio de los peritos testigos de la Demandada en la audiencia probatoria indicó que el TCA tiene una gran demanda de casos (con aproximadamente 1.000 casos que son resueltos cada Tribunaño por un tribunal de cinco miembros). (Audiencia Probatoria (Tr., 6/1745/3-12) (Abal) (“...[El TCA] está compuesto por cinco miembros y [deben] decidir aproximadamente 1.000 que son presentados anualmente para su consideración...”). [Traducción libre] Las consecuencias de este número de casos son aparentes en la impugnación de las Demandantes respecto de la decisión del TCA sobre la regulación de la presentación única, en la cual, como describe el Tribunal, la decisión del TCA confundió los procedimientos y las presentaciones de las Demandantes con las correspondientes

Suprema Corte, el Poder Legislativo y el Fiscal de Corte y Procuraduría General habían concluido que la Ley 18.256 no autorizaba al Poder Ejecutivo de Uruguay a requerir advertencias gráficas que ocuparan más del 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco. Por el contrario, el TCA llegó a la conclusión opuesta, argumentando, con una mínima explicación, que el Artículo 9 de la Ley 18.256 autorizaba precisamente dicho resultado (y, en consecuencia, proporcionaba la autorización para configurar el requisito del 80% contemplado en el Decreto 287/009 y en la Ordenanza 466).

32. No es materia de controversia que la interpretación del TCA respecto del Artículo 9 de la Ley 18.256 supone una autoridad en derecho uruguayo, habiendo sido formulada de conformidad con el mandato constitucional y legal de la TCA de interpretar las autorizaciones legislativas de la acción regulatoria<sup>30</sup>. Fundados en la referida interpretación del Artículo 9 por parte del TCA, el Decreto 287/009, la Ordenanza 466 y el requisito 80/80 fueron confirmados. En igual sentido, no es materia de controversia que no había fundamento para promover la apelación de la decisión del TCA ante la Suprema Corte, o ante cualquier otra entidad, ya sea por medio de casación o de algún otro modo<sup>31</sup>.

33. Resulta evidente, asimismo, que, según lo que demuestra el expediente, el presente caso constituyó la primera vez en que la Suprema Corte de Uruguay y el TCA pronunciaron decisiones contradictorias respecto del significado de una disposición normativa<sup>32</sup>. La Demandada afirmó que existían otros ejemplos similares, pero sólo citó una única instancia que supuestamente involucraba la referida contradicción<sup>33</sup>.

34. Sin embargo, al analizar ese único caso citado por la Demandada se concluyó que efectivamente no configuraba decisiones contradictorias, sino que en realidad se refería a una decisión pronunciada por la Suprema Corte en la que se confirmaba la constitucionalidad de un proceso en particular y una decisión del TCA en la que se esgrimía que el mismo proceso no estaba permitido por ley<sup>34</sup>. Tal como pareciera aceptar el Tribunal<sup>35</sup>, esto no constituye un

---

a otra compañía en un procedimiento diferente.

<sup>30</sup> Opinión de Abal, párr. 94 [Anexo CWS-014] (“Es indiscutido que el TCA es el ‘mayor organismo’ (y el único organismo) que en el Sistema Jurisdiccional uruguayo puede resolver impugnaciones de nulidad contra actos administrativos”); Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 9.26 (“Máximo tribunal administrativo de Uruguay, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo”) [Traducción libre].

<sup>31</sup> Opinión de Abal, párr. 94 [Anexo CWS-014] (“es indiscutido que ‘no hay apelación posible’ frente a las sentencias del TCA. También es absolutamente indiscutido que la Suprema Corte de Justicia de Uruguay no puede revisar las sentencias del TCA”) (se cita la Opinión de Rotondo, párr. 22 [Anexo REX-007] (“Tampoco existe recurso de apelación ni de casación respecto a las sentencias del TCA”)); Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 11.113 (“[el TCA] no está sujeto a la revisión de casación de la Suprema Corte”).

<sup>32</sup> Véase Opinión de Abal, párr. 94 (“La contradicción que surgió en el presente caso entre las decisiones de la [Suprema Corte de Uruguay] y el TCA es inusual, y no hay Tribunal alguno en Uruguay que tenga la autoridad para decidir la controversia generada por la decisión del TCA”); véase *asimismo*, Audiencia Probatoria (Tr., 6/1804/11-17) (Abal) (“... No tengo conocimiento de ningún caso, aparte del presente aquí, donde [...] una contradicción [entre la Suprema Corte de Uruguay y el TCA] haya acontecido... He investigado, y no he encontrado instancia alguna en la cual la SCJ haya contradicho al TCA o el TCA haya contradicho la decisión de la Suprema Corte de Justicia”). [Traducción libre].

<sup>33</sup> Dúplica de la Demandada, párrs. 11.56-11.58; Opinión de Pereira, párrs. 293-296, [Anexo REX-015] (que cita el Caso N.º 2-3871/2006, Suprema Corte de Justicia, Decisión N.º 47/2007 (2 de mayo de 2007), Conclusion of Law I [Anexo SPC-049] (“el caso Henderson”).

<sup>34</sup> Véase Audiencia Probatoria (Tr. 7/2119/3-19) (Pereira) (“En mi opinión, no hay contradicción alguna en los fallos”). [Traducción libre]

<sup>35</sup> Laudo, párrs. 527-528.

compendio de decisiones contradictorias o que entran en conflicto, sólo constituye un ejemplo de decisiones totalmente consistentes respecto de diferentes normas legales.

35. El presente caso es fundamentalmente diferente: comprende un conflicto directo e irreconciliable entre la Suprema Corte y el TCA respecto de la interpretación del Artículo 9 de la Ley 18.256. La Suprema Corte confirmó, de forma directa y explícita, que el Artículo 9 sólo autorizaba al Poder Ejecutivo a exigir advertencias gráficas que ocuparan el 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco, mientras que el TCA sostuvo, igualmente de forma directa y explícita, que el Artículo 9 autorizaba al Poder Ejecutivo a requerir advertencias gráficas que ocuparan el 80% (o más) de la superficie de los paquetes de productos de tabaco. Estas dos interpretaciones no podían ser más diametralmente opuestas, pero aun así ambas fueron aplicadas a Abal en cada caso a fin de rechazar los reclamos que había iniciado en contra de la aplicación de la Ley 18.256 por parte del gobierno de Uruguay respecto de sus actividades.

4. La imposibilidad de impugnar la constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256 ante la Corte Suprema con posterioridad a la Decisión del TCA

36. El expediente del presente procedimiento de arbitraje establece, asimismo, que, con posterioridad a la decisión del TCA, Abal no podía recurrir nuevamente a la Suprema Corte para impugnar la constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256 tal y como fuera interpretado con autoridad por el TCA. Tal como lo reconoce el Tribunal<sup>36</sup> se carecía de todo proceso disponible bajo la legislación uruguaya que le permitiera a Abal procurar la reapertura del procedimiento ante la Suprema Corte para impugnar el Artículo 9 de la Ley 18.256. En realidad, tal como lo expresaron las Demandantes, la decisión previa de la Suprema Corte que rechazaba la impugnación presentada por Abal respecto de la constitucionalidad del Artículo 9 era *res judicata* y le impedía a Abal continuar litigando dicha impugnación ante la Suprema Corte<sup>37</sup>.

37. Tal y como lo señaló el Tribunal, la Demandada no argumentó durante la tramitación de este procedimiento de arbitraje, que Abal podría haber recurrido nuevamente a la Suprema Corte para impugnar la constitucionalidad del Artículo 9 después de que el TCA emitió su decisión, ni tampoco que la abstención de Abal de proceder en tal sentido constituyó una falta de agotamiento de los recursos internos. En realidad, y si bien la Demandada señaló que Abal podría haber impugnado la constitucionalidad del *Artículo 8*<sup>38</sup> de la Ley 18.256 ante la Suprema Corte<sup>39</sup>, nunca sugirió que Abal podría haber procedido con la reapertura de su impugnación del *Artículo 9* de la Ley 18.256 previamente decidida. En igual sentido, ninguno de los peritos

---

<sup>36</sup> Laudo, párrs. 522-523.

<sup>37</sup> Tal como observa el Tribunal, la Demandada no sugirió, en el transcurso del presente proceso arbitral, que la legislación uruguaya le permitía a Abal recurrir nuevamente a la Suprema Corte e impugnar una vez más la constitucionalidad de la Ley 18.256 en virtud de la interpretación que hiciera el TCA respecto de dicha norma. Laudo, párr. 522 (“La Demandada no sugiere que no se hayan agotado los recursos internos con relación a este reclamo”).

<sup>38</sup> El Artículo 8 de la Ley 18.256 fue concebido para prohibir paquetes engañosos (véase el texto completo del Artículo 8 en el párr. 151 *infra*). Esto difiere del Artículo 9 de la Ley el cual dispone la presencia de advertencias sanitarias gráficas en los paquetes de productos de tabaco (véase el texto completo del Artículo 9 en el párr. 20).

<sup>39</sup> Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 1.28.

de la Demandada en materia de legislación uruguaya efectuó dicha sugerencia en sus respectivos informes periciales o en sus respectivas declaraciones testimoniales<sup>40</sup>.

38. El último día de la audiencia probatoria, los abogados de la Demandada sugirieron, en respuesta a las preguntas formuladas por el Tribunal, que Abal podría haber efectivamente procedido con la reapertura del procedimiento ante la Suprema Corte que impugnaba la constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256 en virtud del “hecho nuevo” que sería la decisión del TCA<sup>41</sup>. Tal como se indicara *supra*, dicha sugerencia resultaba inconsistente con la posición adoptada por la Demandada en el transcurso del procedimiento de arbitraje<sup>42</sup> y carecía de todo sustento en virtud de las declaraciones testimoniales de los peritos o de toda otra prueba relativa a las vías procesales disponibles para Abal ante la Suprema Corte<sup>43</sup>. Por el contrario, las pruebas de los peritos de las Demandantes concluyeron (sin contradicción previa alguna por parte de los peritos de la Demandada) que Abal había agotado sus recursos locales<sup>44</sup>.

39. En estas circunstancias, no encuentro fundamento alguno para concluir que Abal podría haber optado por proceder con la reapertura de su impugnación del Artículo 9 de la Ley 18.256 en la Suprema Corte o por iniciar un nuevo procedimiento en la Suprema Corte con ese fin. En realidad, y con posterioridad a la decisión del TCA, Abal disponía de la decisión de la Suprema Corte que confirmaba la constitucionalidad de la Ley 18.256, ya que el Artículo 9 *no autorizaba* advertencias sanitarias gráficas superiores al 50% de la superficie de los paquetes de los productos de tabaco, y, asimismo, de la decisión del TCA que confirmaba el Decreto 287/009 y la Ordenanza 466 ya que la Ley 18.256 *autorizaba* advertencias sanitarias gráficas superiores al 50% de la superficie de los paquetes de los productos de tabaco.

### C. Análisis

40. A la luz de lo anterior, no puedo evitar la conclusión de que el funcionamiento del sistema judicial uruguayo en este caso constituyó una denegación de justicia. Específicamente, Uruguay le denegó justicia a Abal cuando sus tribunales pronunciaron directamente decisiones contradictorias en virtud de la interpretación del Artículo 9 de la Ley 18.256 en procedimientos que comprendían a Abal, pero luego no le proporcionó a Abal el acceso a un foro judicial en el cual presentar una impugnación presuntamente seria a la constitucionalidad del Artículo 9, tal como dicha disposición fuera interpretada y aplicada con autoridad respecto de Abal. En mi opinión, esta situación constituyó un tratamiento por medio del cual Uruguay “ganaría de todos modos”, sin otorgarle a Abal la posibilidad de un subsiguiente recurso judicial, hecho que es

---

<sup>40</sup> En particular, los dictámenes periciales de los Profesores Rotondo y Schrijver no hacían referencia alguna a la sugerencia de que Abal podría haber procedido con la reapertura de la impugnación del Artículo 9 ante la Suprema Corte o a que la abstención de Abal de proceder en tal sentido constituyera la falta de agotamiento de los recursos internos por parte de Abal.

<sup>41</sup> Audiencia Probatoria (Tr., 9/2608/18-21) (Salonidis) (En nuestra presentación, “creemos que sí [podría haber sido posible impugnar la constitucionalidad del artículo 9 ante la Corte Suprema como ese artículo había sido interpretado por parte del TCA], porque la interpretación del TCA sería un nuevo hecho a ser considerado por la Corte Suprema”).

<sup>42</sup> La Demandada señaló que Abal podría haber impugnado una disposición diferente de la Ley 18.256 (el Artículo 8 en lugar del Artículo 9) en un nuevo procedimiento ante la Suprema Corte. Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 11.89 y subsiguientes (“... las Demandantes podrían haber procurado una declaración de inconstitucionalidad del Artículo 8 de la Ley 18.256, a cuyas disposiciones la RPU intentaba ‘posibilitar’”). [Traducción libre]

<sup>43</sup> Véase de forma general la Opinión de Rotondo [Anexo REX-007]; Opinión de Schrijver [Anexo REX-008].

<sup>44</sup> Véase Opinión de Abal, párr. 94; Opinión de Paulsson, párrs. 45-46.

contradictorio a la garantía de trato justo y equitativo contemplada en el Artículo 3(2) y al principio de legalidad.

41. El Tribunal señala que la decisión del TCA de no seguir la interpretación del Artículo 9 de la Ley 18.256 que había adoptado la Suprema Corte (y el Poder Legislativo de Uruguay y el Procurador General del Estado) fue “inusual, incluso sorprendente”<sup>45</sup>. Esto es correcto. La decisión del TCA fue tanto inusual como sorprendente ya que la interpretación de una disposición legal que tenga significados diametralmente opuestos pronunciada por tribunales judiciales diferentes dentro del mismo sistema jurídico contradice los valores fundamentales del principio de legalidad y las prohibiciones en contra de la denegación de justicia<sup>46</sup>.

42. El principio de legalidad tiene como propósito garantizar la previsibilidad, la estabilidad, la neutralidad y la objetividad; y garantiza, asimismo, que las normas legales generalmente aplicables rijan las cuestiones humanas en lugar de la conveniencia personal o política. Cuando tribunales diferentes de un único sistema jurídico adoptan interpretaciones contradictorias para la misma legislación, se socava el principio de legalidad, exponiendo a los individuos a un tratamiento inconsistente, impredecible y arbitrario. En pocas palabras, “[e]l hecho de que los litigantes puedan recibir respuestas diametralmente opuestas para la misma cuestión jurídica dependiendo del tipo de tribunal que entienda en sus casos sólo puede socavar la credibilidad de los tribunales y debilitar la confianza pública en el sistema judicial”<sup>47</sup>. [Traducción libre]

43. A pesar de su sorpresa ante las interpretaciones contradictorias de la Ley 18.256 pronunciadas por la Suprema Corte y el TCA, el Tribunal concluye, sin embargo, que estas decisiones no constituyen una denegación de justicia. Según el Tribunal, además de inusual y sorprendente, la decisión del TCA fue el resultado de una “rareza” que no es lo suficientemente “grave” o “impactante” como para violar el Artículo 3(2) del TBI.

44. El único fundamento para la conclusión del Tribunal respecto de esta cuestión pareciera ser la decisión adoptada por el TEDH en *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía* (“*Şahin c. Turquía*”)<sup>48</sup>. En mi opinión, tal como se indicará *infra*, la decisión del TEDH no respalda la decisión del Tribunal y, por el contrario, exige una conclusión opuesta a aquella adoptada por el Tribunal. En pocas palabras, incluso si las interpretaciones del TEDH en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“CEDH”) fueran decisivas para interpretar el Artículo 3(2) del TBI - que no lo son - la decisión adoptada en *Şahin c. Turquía* comprendía una cuestión fáctica realmente distinta que la del presente caso. Cuando se consideran estas diferencias, la decisión del TEDH no respalda, y en cambio contradice, la interpretación del Artículo 3(2) por

---

<sup>45</sup> Laudo, párr. 529.

<sup>46</sup> De igual modo que el Tribunal, no acepto el argumento de la Demandada respecto de que las decisiones de la Suprema Corte y del TCA no eran inconsistentes porque analizaban cuestiones diferentes (principalmente, si la Ley 18.256 era constitucional y si el Decreto 287/009 y la Ordenanza 466 estaban autorizadas por la Ley 18.256). El punto crítico es que la Suprema Corte y el TCA interpretaron al Artículo 9 de la Ley 18.256 de forma diametralmente opuestas (principalmente, que el Artículo 9 no autorizaba advertencias gráficas superiores al 50% y que el citado Artículo 9 efectivamente autorizaba tales advertencias). En mi opinión, resulta imposible considerar estas decisiones de toda otra forma que no sea exactamente como cuestiones inconsistentes o contradictorias.

<sup>47</sup> *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Opinión Disidente Conjunta, 20 de octubre de 2011, párr. 17 [Anexo REX-010].

<sup>48</sup> Laudo, párr. 530 (que cita a *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Opinión Disidente Conjunta, 20 de octubre de 2011, [Anexo REX-010]).

parte del Tribunal. Fundamentalmente, las decisiones de los tribunales de Uruguay en el presente caso violaron los preceptos esenciales del estándar del trato justo y equitativo, denegando a las Demandantes el acceso a las protecciones judiciales de vital importancia que están garantizadas tanto por el Artículo 3(2) como por los principios generales del derecho internacional.

45. A título preliminar, no concuerdo con que las decisiones que interpretan la protección del derecho a un proceso justo conforme al Artículo 6 del CEDH tienen una importancia decisiva a la hora de interpretar la garantía del trato justo y equitativo en virtud del Artículo 3(2) del TBI. La garantía de un juicio justo conforme al Artículo 6 está contemplada en un instrumento particular en materia de derechos humanos que fuera redactado y aceptado en un contexto geográfico e histórico específico. Las interpretaciones que formulara el TEDH respecto del Artículo 6 pueden explicar los objetivos y los propósitos generales de la prohibición del Artículo 3(2) en contra de la denegación de justicia, pero proporcionan sólo un breve lineamiento adicional para interpretar el Artículo 3(2) o el estándar de trato justo y equitativo conforme, de forma más general, al derecho internacional.

46. También a título preliminar, el Tribunal se funda en la decisión del TEDH para fundamentar su determinación de que el uso de “tribunales administrativos independientes en virtud de la tradición del derecho civil”<sup>49</sup> no constituye una denegación de justicia. [Traducción libre] En mi opinión, y sin lugar a dudas, dicha proposición es correcta pero irrelevante en cuanto a los motivos reales por los que las acciones de los tribunales de Uruguay están sujetas a impugnación conforme al Artículo 3(2) del TBI en el presente caso.

47. En mi opinión, no hay fundamento alguno para criticar la existencia o el uso de “tribunales administrativos independientes en virtud de la tradición del derecho civil” (o en otras tradiciones). [Traducción libre] Tal como se analizó *supra*, hay una característica común de muchos sistemas jurídicos, tanto en las tradiciones del sistema de *common law* como en el derecho continental<sup>50</sup>. Como regla general, la existencia de tribunales administrativos (u otros tipos de tribunales especiales), así como otros tribunales civiles, es totalmente consistente con los requisitos de un proceso justo o las prohibiciones en contra de la denegación de justicia.

48. Sin embargo, dicha regla general es de poca relevancia para el presente caso. La existencia de tribunales independientes (el TCA y la Suprema Corte) en el sistema jurídico de Uruguay no constituye fundamento para el argumento de las Demandantes respecto de la denegación de justicia ni para mi propia conclusión de que Uruguay ha violado el Artículo 3(2). En cambio, la impugnación a las acciones de Uruguay se funda en el hecho de que la Suprema Corte y el TCA pronunciaron decisiones contradictorias en procedimientos que involucraban a la misma parte sin brindarle a dicha parte la posibilidad de recurrir a un foro judicial para presentar acciones de constitucionalidad después de la interpretación de la Ley 18.256 que hizo el TCA, con autoridad. Incluso si las autoridades que interpretaron el CEDH fuesen relevantes para determinar el significado del Artículo 3(2) del TBI, la decisión del TEDH en *Şahin c. Turquía* no respalda la resolución del Tribunal respecto de las verdaderas cuestiones presentadas en este caso.

---

<sup>49</sup> Laudo, párr. 530.

<sup>50</sup> Véanse los párrs. 11-12.

49. En *Şahin c. Turquía*, una pequeña mayoría del TEDH sostuvo que el pronunciamiento de decisiones inconsistentes por parte de los tribunales administrativos y militares de Turquía no constituía una violación al Artículo 6 del CEDH. El TEDH concluyó que “lograr la coherencia del derecho puede requerir cierto tiempo, y se pueden aceptar períodos en los cuales la jurisprudencia esté en conflicto sin que ello socave la certidumbre jurídica”<sup>51</sup> [Traducción libre]. El Tribunal enfatizó, asimismo, la existencia de mecanismos en el sistema jurídico de Turquía que evitan las interpretaciones inconsistentes del derecho<sup>52</sup>, y en la deferencia que el TEDH debe conceder a los tribunales nacionales respecto de la administración de sus respectivos sistemas jurídicos conforme al Artículo 6 del CEDH<sup>53</sup>.

50. En primer lugar, resulta apropiado señalar que la decisión adoptada en *Şahin c. Turquía* respecto de esta cuestión fue pronunciada por una pequeña mayoría del Tribunal Europeo (diez jueces) acompañada por una poderosa opinión disidente (emitida por siete jueces)<sup>54</sup>. La opinión disidente sostenía que el pronunciamiento de fallos inconsistentes por parte de diversos tribunales constituía un “mal funcionamiento flagrante” del sistema jurídico que daba origen a una apariencia de “arbitrariedad” que derivaba en la violación del Artículo 6 del CEDH<sup>55</sup> [Traducción libre]. Específicamente, la opinión disidente sostenía lo siguiente:

*[C]onsideramos que la violación al derecho de una audiencia justa fue originada por el mal funcionamiento de los mecanismos adoptados para solucionar los conflictos de jurisdicción junto con la inconsistencia de las decisiones de los tribunales relativas a la misma situación fáctica. En tanto es probable que los sistemas nacionales comprendan una diversidad de estructuras judiciales, estas estructuras no deberían dar la apariencia de arbitrariedad para el público en general; cuando recurren a la acción legal, los litigantes deberían adoptar decisiones con un suficiente grado de previsibilidad y en base a criterios claros, comunes y estables*<sup>56</sup>. [Traducción libre]

51. En mi opinión, el razonamiento de la opinión disidente en *Şahin c. Turquía* tiene una fuerza sustancial. El concepto del principio de legalidad implica regularidad, estabilidad y ausencia de arbitrariedad. En palabras de los jueces en disidencia, el principio de legalidad garantiza que las partes privadas “puedan adoptar decisiones con un suficiente grado de previsibilidad y en base a criterios claros, comunes y estables” [Traducción libre]. El razonamiento en disidencia es consistente, asimismo, con el enfoque adoptado por el TEDH en su jurisprudencia previa en la cual el tribunal sostuvo de forma reiterada que las decisiones

---

<sup>51</sup> *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párr. 83 [Anexo REX-010].

<sup>52</sup> *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párrs. 87, 91-92 [Anexo REX-010]. La Corte concluyó que los tribunales de Turquía habían establecido mecanismos para “respetar los límites de sus respectivas áreas jurisdiccionales y para evitar intervenir en la misma rama del derecho”, y que un Tribunal de Conflictos de Jurisdicción había pronunciado decisiones al respecto con anterioridad a los tribunales administrativos y militares de Turquía que fueran aplicadas por dichos tribunales en los casos tramitados ante el TEDH. [Traducción libre] *Ibid.*

<sup>53</sup> *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párrs. 88-89 [Anexo REX-010].

<sup>54</sup> *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Opinión Disidente Conjunta, 20 de octubre de 2011, [Anexo REX-010].

<sup>55</sup> *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Opinión Disidente Conjunta, 20 de octubre de 2011, párr. 2 [Anexo REX-010].

<sup>56</sup> *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Opinión Disidente Conjunta, 20 de octubre de 2011, párrs. 3, 15-16 [Anexo REX-010].

judiciales divergentes, que dan origen a la incertidumbre y a la imprevisibilidad jurídica, contravienen lo dispuesto en el Artículo 6(1) del CEDH<sup>57</sup>.

52. El pronunciamiento de decisiones contradictorias por parte de tribunales equivalentes en el marco de un único sistema jurídico entra en tensión con estos objetivos fundamentales de transparencia, estabilidad y previsibilidad. Decisiones inconsistentes en casos que involucren cuestiones legales similares no reflejan el principio de legalidad, y, en cambio, reflejan una oportunidad arbitraria y carente de principios. Es justamente debido a este motivo que los estados que tienen autoridades judiciales equivalentes tienen, asimismo, mecanismos para reconciliar las decisiones de dichos tribunales<sup>58</sup>. En mi opinión, los siete jueces que pronunciaron sus respectivas opiniones disidentes en *Şahin c. Turquía* adoptaron una postura más sólida respecto de las garantías a un proceso justo o a las protecciones en contra de la denegación de justicia que los diez jueces que conformaron la mayoría del TEDH.

53. No obstante, cabe señalar que la resolución del presente caso no requiere, determinar si la mayoría de los jueces o los que se pronunciaron en disidencia del TEDH en *Şahin c. Turquía* estaban en lo cierto. En cambio, en mi opinión, *Şahin c. Turquía* es evidentemente distinguible respecto de la presente controversia la cual comprende un conjunto de circunstancias muy diferentes y significativamente más problemáticas.

54. *Şahin c. Turquía* comprendía decisiones judiciales que fueron pronunciadas en varios procedimientos legales diferentes en Turquía incoados por diversas partes privadas, cada una de las cuales percibieron pagos por parte de diferentes tribunales militares y administrativos de Turquía en concepto de beneficios sociales pero cuyos importes diferían entre sí<sup>59</sup>. Las partes que habían percibido pagos en concepto de beneficios sociales por parte de los tribunales militares cuyos importes eran inferiores a los que otras partes habían percibido por parte de los tribunales administrativos reclamaron que habían sido tratados de forma diferencial respecto de estas últimas.

55. De forma contraria, el presente caso comprende no solamente jurisprudencias que entran en conflicto entre sí pronunciadas por distintos tribunales en casos que involucran diferentes partes, sino que también se refiere a procedimientos incoados por la *misma* parte la cual directamente quedó sujeta a decisiones contradictorias adoptadas en procedimientos legales íntimamente relacionados que interpretaron la misma disposición legal de forma irreconciliable. En el presente procedimiento de arbitraje, las Demandantes no reclamaron que Abal fue tratado de forma diferencial respecto de las otras partes en procedimientos diferentes, pero argumentaron que Abal estaba sujeto a un trato diferente y a interpretaciones

---

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, *Tudor Tudor c. Rumania*, Solicitud ante el TEDH N.º 21911/03, Sentencia, 24 de marzo de 2009, párr. 41 (“en ausencia de un mecanismo que garantice la consistencia de la práctica de los tribunales nacionales, dichas diferencias profundas y de larga data en el enfoque de la jurisprudencia relativo a una cuestión de importancia considerable para la sociedad, son tales como para dar origen a una incertidumbre continua... esta incertidumbre le impide al solicitante acceder a un juicio justo”) [Traducción libre]; *Brumărescu c. Rumania*, Solicitud ante el TEDH N.º 282342/95, Sentencia (Sobre el Fondo), 28 de noviembre de 1999, párr. 61 (“Uno de los aspectos fundamentales del principio de legalidad es el principio de certidumbre jurídica que exige, *inter alia*, que cuando los tribunales hayan determinado finalmente una cuestión, sus respectivas decisiones no deberían cuestionarse”). [Traducción libre]

<sup>58</sup> Tal como se analizara en *Şahin c. Turquía*, Turquía disponía de dicho mecanismo (en la forma de Tribunal de Conflictos de Jurisdicción), a pesar de que su eficacia era objeto de controversia. Véase el párr. 49, nota al pie 52.

<sup>59</sup> *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párrs. 25-32 [Anexo REX-010].

contradictorias de la misma legislación en el marco de la misma controversia, y que luego cada una de las referidas interpretaciones contradictorias fueron aplicadas para desestimar los reclamos esgrimidos por Abal en contra del gobierno de Uruguay.

56. No hay elemento alguno en el razonamiento del TEDH en *Şahin c. Turquía* que sugiera que el tribunal [europeo] hubiera desestimado que hubo violación al derecho de acceso a la justicia o al principio de legalidad cuando los tribunales de un estado no sólo adoptan interpretaciones inconsistentes de la legislación sino que lo hacen en procedimientos íntimamente vinculados que incluyen a la misma parte<sup>60</sup>. Una cosa es que el sistema judicial de un estado pronuncie interpretaciones inconsistentes de la legislación - y resultados inconsistentes - en distintos casos que involucren a partes diferentes. Esta circunstancia comprende “jurisprudencia divergente”, hecho que podría ser “tolerado” durante un cierto período, tal como expresaran los diez jueces del TEDH en *Şahin c. Turquía*<sup>61</sup>. [Traducción libre]

57. En mi opinión, otra cosa muy diferente es que la legislación sea interpretada de forma diametralmente opuesta en la *misma* controversia que involucra a la *misma* parte<sup>62</sup>. Este último resultado involucra a un estado, por medio de sus tribunales, que confirma que la misma legislación tiene exactamente el significado opuesto al que fuera aplicado al mismo litigante en la misma controversia<sup>63</sup>. Esto es la antítesis del principio de legalidad: constituye una instancia de arbitrariedad mucho más directa e inmediata, incapaz de ser explicada por las distintas identidades de los litigantes, las circunstancias de las partes o sus respectivas controversias, o por medio de la conducta de las partes durante el litigio<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Por el contrario, el TEDH hizo hincapié en que la controversia incoada ante él involucraba diferentes partes en procedimientos legales distintos, y su razonamiento señalaba que “dos tribunales, cada uno de ellos con su propia jurisdicción y examinando casos diferentes, pueden efectivamente llegar a conclusiones divergentes pero, no obstante, racionales y elaboradas respecto de la misma cuestión legal esgrimida por circunstancias fácticas de similares características”. [Traducción libre] *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párr. 86 [Anexo REX-010].

<sup>61</sup> *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párr. 83 [Anexo REX-010].

<sup>62</sup> Tal como se analizara en *Şahin c. Turquía*, el sistema jurídico de Turquía disponía de un mecanismo para resolver “los conflictos surgidos entre las sentencias cuando la exigibilidad de un derecho se tornaba imposible debido a la divergencia entre las decisiones definitivas adoptadas por, al menos, dos de los tribunales a los que se hacía referencia en la sección 1, siempre que dichas decisiones involucraran al mismo sujeto y a los mismos hechos que justificaban la acción judicial - independientemente de la jurisdicción - y que, al menos, una de las partes [del caso en cuestión] fuera la misma...” [Traducción libre] *Nejdet Şahin y Perihan Şahin c. Turquía*, Solicitud N.º 13279/05 del TEDH, Sentencia, 20 de octubre de 2011, párr. 24 [Anexo REX-010] (modificación en el documento original) (énfasis agregado). La existencia del citado mecanismo - y su inaplicabilidad en *Şahin* debido al hecho de que la cuestión versaba sobre múltiples reclamos que involucraban a diversas partes - pone de manifiesto la distinción entre dicho caso y el presente caso.

<sup>63</sup> Tal como se indicara *supra*, el TEDH destacó que la controversia planteada ante él en *Şahin c. Turquía* involucraba a partes diferentes en distintos procedimientos legales. Véanse *supra* los párrs. 54-55.

<sup>64</sup> Este es el motivo por el cual los sistemas jurídicos nacionales tienen mecanismos diseñados para prevenir que la misma legislación sea aplicada de forma contraria a los mismos litigantes en el marco de la misma controversia. De forma adicional a los mecanismos tendientes a evitar o reconciliar decisiones que entran en conflicto entre sí pronunciadas por distintos tribunales (tal como se indicara *supra*), los principios de *res judicata* y de legalidad del caso proporcionan protecciones adicionales en contra de resultados contradictorios a los que se pueda arribar en procedimientos que involucren a las mismas partes. El hecho de que los tribunales de Uruguay no aplicaran dichas doctrinas en este caso incrementa significativamente tanto el carácter sorprendente de sus decisiones (tal como observa correctamente el Tribunal) como la arbitrariedad de dichas decisiones.

58. Asimismo, en el presente caso, las decisiones contradictorias de la Suprema Corte y del TCA involucraron elementos adicionales de arbitrariedad. En este caso, el máximo tribunal en materia civil de la nación, fundándose en las presentaciones formales del poder legislativo de la nación y del máximo funcionario legal, formuló una decisión considerada y elaborada respecto del significado del acto legislativo. La interpretación de la legislación de Uruguay en la cual se funda dicha decisión judicial fue luego rechazada por un tribunal administrativo en lo que sólo puede ser caracterizado como una decisión breve y ampliamente carente de razones (citada *supra*<sup>65</sup>), después de que dicho tribunal administrativo suspendiera sus propios procedimientos a la espera de la decisión del procedimiento judicial.

59. Tal como se analizó *supra*, el presente caso constituyó la primera vez en que la Suprema Corte de Uruguay y el TCA pronunciaron decisiones contradictorias respecto del significado de una disposición normativa<sup>66</sup>. En consecuencia, es una sutileza para el Tribunal caracterizar las decisiones contradictorias de la Suprema Corte y del TCA sólo como un hecho inusual y sorprendente. En realidad, el presente caso fue el primero y el único que tuviera lugar en más de 60 años (desde que el TCA fuera establecido en el año 1952) respecto de tal contradicción entre la Suprema Corte y el TCA.

60. Estimo que las circunstancias precedentes dan origen a un interrogante muy serio respecto de si las decisiones contradictorias de la Suprema Corte y del TCA en virtud de los procedimientos iniciados por Abal, por sí mismos, constituyeron una denegación de justicia. En mi opinión, el emitir decisiones relativas a interpretaciones directamente contrarias de la misma disposición legislativa emanadas por tribunales diferentes de Uruguay, en procedimientos que resultan de una única controversia que involucra a las mismas partes es sin precedentes y entran en un muy serio conflicto con las garantías de regularidad y justicia en las que se fundan las protecciones en contra de la denegación de justicia.

61. Esto es particularmente cierto en un caso como el que nos ocupa en el cual ambas interpretaciones contradictorias de la legislación son aplicadas por tribunales del estado con el propósito de denegarle a la parte en cuestión un recurso en contra de las acciones de gobierno. Aquí, la Suprema Corte rechazó los reclamos esgrimidos por Abal al sostener que la Ley 18.256 era constitucional ya que *no* autorizaba el requisito de advertencias gráficas superiores al 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco, y el TCA rechazó los reclamos planteados por Abal al sostener que el Decreto 287/009 y la Ordenanza 466 eran válidos ya que la Ley 18.256 *efectivamente* autorizaba el requisito de advertencias gráficas superiores al 50% de la superficie de los paquetes de productos de tabaco. Tal como se analizó *supra*, estos pronunciamientos reflejaron el resultado de que Uruguay “ganaría de todos modos”. Me resulta muy difícil evitar la conclusión de que estas decisiones contradictorias, pronunciadas en contra de la misma parte en procedimientos íntimamente vinculados, violan las garantías de acceso a la justicia y el respeto por el principio de legalidad.

62. Que el Tribunal califique a las circunstancias precedentes como sólo una rareza no me convence<sup>67</sup>. La rareza no es una excepción en virtud del derecho internacional. Por el contrario,

---

<sup>65</sup> Véase el párr. 28 *supra*.

<sup>66</sup> Véase el párr. 33.

<sup>67</sup> El Tribunal concluye que la decisión del TCA fue “inusual, incluso sorprendente”, pero “esta rareza” no es suficientemente “impactante” o “grave” para constituir una denegación de justicia. Laudo, párrs. 528-529. Las distinciones casi imperceptibles entre las sorpresas inusuales y las decisiones “impactantes” o “graves” son inherentemente susceptibles a la subjetividad. No obstante, en mi opinión, la contradicción carente de todo

el Artículo 3(2) del TBI requiere un “trato justo y equitativo”. No resulta ni justo ni equitativo para un estado rechazar los reclamos planteados por una parte en su contra al aplicar interpretaciones diametralmente opuestas de la misma legislación a la misma parte y en la misma controversia, y en cada caso como fundamento para rechazar los referidos reclamos de dicha parte en contra del estado. En realidad, esto es arbitrario e irracional y se deniega de ese modo a las partes la certeza, la previsibilidad jurídicas esenciales, y la ecuanimidad fundamental que el principio de legalidad garantiza.

63. Sin embargo, en el presente caso, hay una deficiencia procesal adicional e incluso más grave, que no está presente en *Şahin c. Turquía*, que respalda el hecho de que el sistema jurídico de Uruguay le denegó a Abal el acceso a la justicia. Aquí, el sistema judicial de Uruguay le negó a Abal el acceso a la justicia no sólo por haber pronunciado decisiones contradictorias respecto de la misma cuestión legal en casos que involucraban a las mismas partes, sino por no haberle proporcionado a Abal ningún otro medio de recurso judicial con posterioridad al pronunciamiento de dichas decisiones.

64. Específicamente, en mi opinión, Uruguay le denegó a Abal el acceso a la justicia al no proporcionarle medio alguno para esgrimir la impugnación de constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256 ante la Suprema Corte tal y como dicha disposición normativa había sido interpretada y aplicada por el TCA respecto de Abal, con autoridad. En las circunstancias particulares de este caso, ello no fue meramente una rareza inusual o sorprendente, pero fue una típica denegación al acceso de la justicia.

65. En pocas palabras, la legislación de Uruguay le brindó a Abal (y a otros) las garantías constitucionales en contra de aquella legislación que delegara una excesiva autoridad legislativa a los funcionarios del poder ejecutivo, y el mecanismo para esgrimir reclamos fundados en dichas garantías ante la Suprema Corte. Abal aprovechó dicho mecanismo para impugnar el Artículo 9 de la Ley 18.256 pero la Suprema Corte rechazó la impugnación de Abal fundando su decisión en que el Artículo 9 no autorizaba el requisito de advertencias gráficas superiores al 50% de la superficie de los paquetes de los productos de tabaco. Sin embargo, el TCA de allí en adelante y de forma sorprendente, pero con autoridad, sostuvo que el Artículo 9 efectivamente autorizaba advertencias superiores al 50%, confirmando así el Decreto 287/009 y la Ordenanza 466.

66. Ante esa disyuntica, las pruebas obrantes ante este Tribunal radican en que el sistema judicial de Uruguay no le proporcionó a Abal los medios necesarios para presentar un reclamo en virtud de las garantías constitucionales en contra de legislaciones tales como el Artículo 9 de la Ley 18.256, según fuera interpretado con autoridad por el TCA y aplicado respecto de Abal. En mi opinión, la combinación de la realmente inusual pero decisión con autoirdad del TCA en contradicción con la decisión previa de la Suprema Corte precisamente sobre la misma cuestión, y la ausencia de un mecanismo por medio del cual se le posibilitara a Abal la reapertura o la nueva interposición de un recurso constitucional ante la Suprema Corte conforme a la interpretación contraria y con autoridad del TCA, respecto de la Ley 18.256, constituye de forma manifiesta una denegación de justicia.

---

precedente entre dos de los máximos tribunales de Uruguay, en casos que involucran a la misma demandante, fue suficientemente grave y suficientemente inconsistente con los requisitos de consistencia y regularidad para constituir una denegación de justicia.

67. Al adoptar la fórmula relativamente conservadora del Artículo 9 del Proyecto de Convención sobre Responsabilidad de los Estados de Harvard de 1929, “hay denegación de justicia en caso de que se niegue el acceso a los tribunales”<sup>68</sup>. Otras autoridades concuerdan en tal sentido, resaltando el simple hecho de que el acceso a un foro judicial constituye la garantía más fundamental de justicia<sup>69</sup>. Entre otras cosas, el TEDH, considerando el Artículo 6 del CEDH, sostuvo que “[s]ería inconcebible que... el [Artículo 6(1)] describiera detalladamente las garantías procesales inherentes a las partes en un juicio en trámite y que no protegiera en primera instancia lo que hace realmente posible que se obtengan los beneficios de dichas garantías, que es, el acceso a los tribunales”<sup>70</sup>. [Traducción libre]

68. En el presente caso, Uruguay era libre, conforme al TBI y de cualquier otro modo, de establecer la Suprema Corte y el TCA como tribunales judiciales equivalentes con competencias superpuestas, y de disponer que la Ley 18.256 estaba sujeta a la interpretación autorizada del TCA. Se puede suponer que el TCA era, asimismo, libre de adoptar las interpretaciones administrativas sorprendentes de la Ley 18.256 en contradicción con las interpretaciones que hiciera la Suprema Corte respecto de dicha ley. También se podría suponer que el TCA era libre para hacerlo incluso respecto de la misma parte que había estado involucrada en los procedimientos ante la Suprema Corte que impugnaban la misma legislación.

69. Sin embargo, en mi opinión, resulta evidente que Uruguay no tenía el derecho de negarle a Abal, conforme al Artículo 3(2) del TBI o al derecho internacional, la posibilidad de hacer valer sus derechos constitucionales ante la Suprema Corte en un procedimiento fundado en la interpretación y aplicación que hiciera con autoridad, del Artículo 9 de la Ley 18.256, el TCA (respecto de Abal). Esto no resulta consistente con el compromiso de Uruguay respecto del principio de legalidad o de las normas de derecho internacional. En cambio, en mi opinión,

---

<sup>68</sup> Convenio preliminar sobre la “responsabilidad del Estado por daños ocasionados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros” confeccionado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (1920) en *Yearbook of the International Law Commission, 1956*, Vol. II, Anexo 9, págs. 229-230 (“Convenio Preliminar de Harvard sobre la Responsabilidad del Estado de 1929”). Véase asimismo Convenio Preliminar de Harvard sobre la Responsabilidad del Estado por Daños a los Extranjeros (1961), Artículo 7 [Anexo CLA-236] (la responsabilidad del estado está determinada por “la denegación [...] de una audiencia justa en un procedimiento que involucre la determinación de [...] derechos civiles u obligaciones”). [Traducción libre]

<sup>69</sup> Véase la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), Artículo 8 (“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”); DUDH, Artículo 10 (“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Artículo 14 (“en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”); *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Artículos 27(2), 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N.º 9, párr. 24 (la denegación de justicia tiene lugar cuando “por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”). Véase, asimismo, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1970), pág. 95, 229 [Anexo CLA-231] (denegación de justicia definida como “la negación o la abstención por parte de funcionarios judiciales de realizar sus respectivas funciones legales”, e “incluso cuando haya existido una aceptación original de la pretensión por parte de un tribunal de primera instancia seguido de procedimientos que concluyen en una sentencia desfavorable, la desestimación del otorgamiento de un recurso de apelación permitido por ley constituirá en sí misma una denegación de justicia”). [Traducción libre]

<sup>70</sup> *Golder c. Reino Unido*, Caso TEDH N.º 4451/70, Sentencia, 21 de febrero de 1975, párr. 35.

Uruguay estaba obligada a proporcionar un mecanismo a través del cual la Suprema Corte pudiera atender las impugnaciones a la constitucionalidad de la Ley 18.256 del mismo modo en que dicha legislación fuera interpretada y aplicada de forma definitiva por parte del TCA respecto de Abal<sup>71</sup>.

70. Dadas las muy sustanciales e importantes diferencias entre el presente caso y las circunstancias sobre las cuales versaba *Şahin c. Turquía*, no considero que la decisión adoptada por el TEDH en dicho caso brinde un respaldo significativo a la decisión del Tribunal en cuanto a que no hubo denegación de justicia. En pocas palabras, *Şahin c. Turquía* comprendía un conjunto de circunstancias muy diferentes y menos problemáticas que las que se presentan en este caso.

71. En cambio, y en mi opinión, la decisión adoptada en *Şahin c. Turquía* respalda, en lugar de contradecir, el reclamo de denegación de justicia planteado por las Demandantes. Las posturas bien elaboradas de los siete jueces del TEDH que se pronunciaron en disidencia aplican *a fortiori* al presente caso, al tiempo que las cuestiones adicionales esgrimidas por las circunstancias del presente caso confirman de forma decisiva que se denegó el acceso a la justicia a las Demandantes. Tal como se analizó *supra*, el presente caso no comprende solamente “jurisprudencia divergente” que fuera aplicada a diferentes partes, hecho que podría ser “tolerado” durante un cierto período, sino que en cambio involucra decisiones contradictorias aplicadas para rechazar reclamos esgrimidos en contra de una acción de gobierno, incoados por la misma parte con posterioridad a la negación de recurrir a un recurso judicial generalmente disponible. Si el presente caso hubiera sido interpuesto ante el TEDH, considero que el Tribunal no habría catalogado estas circunstancias como “tolerables” ya sea durante un cierto período o por completo.

72. En síntesis, no puedo evitar concluir que Uruguay violó el Artículo 3(2) del TBI al no brindarle a Abal la posibilidad de hacer valer sus derechos constitucionales ante la Suprema Corte de Uruguay en un procedimiento que impugnara el Artículo 9 de la Ley 18.256 tal como fuera interpretado y aplicado, con autoridad, por el TCA respecto de Abal. En ninguna circunstancia, la presente conclusión cuestiona el derecho soberano de Uruguay de estructurar su sistema judicial como lo crea conveniente, incluso con tribunales independientes y quivalentes con competencias superpuestas<sup>72</sup>. Sólo exige que el estado de cumplimiento, luego, a los requisitos fundamentales de equidad y acceso a la justicia que exige el derecho internacional.

---

<sup>71</sup> Véanse los párrs. 40-72.

<sup>72</sup> Sin embargo, esto no significa que la estructura de un sistema judicial no permita fundar un reclamo por denegación de justicia. Véase, por ejemplo, *Jacob Idler (EE.UU. c. Venezuela)*, J.B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States Has Been a Party* 3491, pág. 3508 (“Venezuela podría, por supuesto, constituir sus tribunales como lo considerara conveniente, pero una vez establecidos, le asistía el derecho a Idler de que sus cuestiones, si fueran litigadas allí, fueran determinadas por los tribunales establecidos conforme a las formalidades de la ley”) [Traducción libre]; A. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1970), págs. 533, 671-2 [Anexo CLA-231] (“Si, por medio de la composición de sus tribunales o por medio de sus procesos, un Estado hace posible una decisión la cual no ofrece las garantías mínimas para la debida administración de justicia, concepto inseparable de la idea de civilización, consideramos que es culpable de denegación de justicia y se le debe atribuir la responsabilidad pertinente”) [Traducción libre]

## B. Observaciones Adicionales

73. El análisis precedente brinda las razones por las cuales rechazo las excepciones de la Demandada y las conclusiones del Tribunal que versan sobre esta cuestión. Sin embargo, y a los efectos de la completitud, procedo a analizar diversas cuestiones adicionales.

74. En primer lugar, la posición de la Demandada no está asistida por la observación, esgrimida cuando el Tribunal interrogara al abogado de la Demandada, en cuanto a que diferentes tribunales de apelación de circuito en los Estados Unidos pueden adoptar normas que entran en conflicto, hecho que le puede demandar a la Corte Suprema cierto tiempo para resolver<sup>73</sup>. El referido análisis ignora las diferencias críticas existentes entre la práctica de apelación de los Estados Unidos y los argumentos de las Demandantes en este caso.

75. Los tribunales de apelación de los Estados Unidos ejercen competencia que es de naturaleza territorial, en virtud de la división geográfica de los Estados Unidos de América, respecto de una cantidad de “Circuitos” independientes, cada uno de ellos con sus respectivos “Tribunales de Apelación”<sup>74</sup>. Esta cuestión no resulta curiosa en un estado de las dimensiones de los Estados Unidos; de igual modo, tampoco es curioso que estados similares (tales como Canadá y Australia) adopten divisiones geográficas comparables<sup>75</sup>. Asimismo, tampoco resulta inusual o sorprendente que los diversos tribunales de apelación puedan adoptar interpretaciones diferentes respecto de la misma norma; en realidad, es un mecanismo, inevitable y al menos discutible, que garantiza un desarrollo considerable de la ley por medio de un debate sólido y de múltiples oportunidades para analizar las cuestiones difíciles, antes de que haya una decisión con autoridad de la máxima instancia de apelación de una nación.

76. Sin embargo, la posibilidad de que distintos tribunales de apelación puedan llegar a interpretaciones diferentes respecto de la misma norma no es de ningún modo análogo a los fundamentos del reclamo de la denegación de justicia esgrimido por las Demandantes en este caso. Tal como se detallara *supra*, el reclamo de denegación de justicia esgrimido por las Demandantes radica no sólo en el hecho de que la Suprema Corte y el TCA pronunciaron decisiones contradictorias; por el contrario, el reclamo de las Demandantes se funda en la decisión realmente inusual del TCA de rechazar la interpretación de la Suprema Corte respecto del Artículo 9 de la Ley 18.256 en procedimientos que involucran a las mismas partes, y en la ausencia de todo mecanismo para que dicha parte reinicie o instauré nuevamente la impugnación de la constitucionalidad del Artículo 9 de la Ley 18.256, tal como fuera interpretado y aplicado por el TCA, con autoridad. No hay sugerencia alguna en el material presentado al Tribunal de que el sistema federal de tribunales de apelación de los Estados Unidos, dividido geográficamente en múltiples circuitos, permita semejante resultado, y no tengo conocimiento, tanto sobre la base de mi propia investigación como en la experiencia de

---

<sup>73</sup> (Audiencia Probatoria, Tr., 2/482/13-22) (Crawford).

<sup>74</sup> Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos, *Court Role and Structure*, (2016), <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure>.

<sup>75</sup> Véase, por ejemplo, Canadá (Gobierno de Canadá, Departamento de Justicia, La Organización Judicial, (4 de abril de 2016), <http://www.justice.gc.ca/eng/csjsjc/just/07.html>); Australia (Gobierno de Australia, Departamento del Procurador General, La Organización Judicial, (2016), <https://www.ag.gov.au/LegalSystem/Courts/Pages/default.aspx>).

los procedimientos de los tribunales de apelación y la Corte Suprema de los Estados Unidos, de que haya algo que respaldaría dicha conclusión<sup>76</sup>.

77. Por el contrario, los tribunales de los Estados Unidos aplican normas generales de preclusión<sup>77</sup> de reclamos y controversias las cuales, en mi opinión, prácticamente impedirían que se presentaran situaciones como las que debió afrontar Abal en este caso. En subsidio, la legislación de los Estados Unidos brinda, asimismo, posibilidades comparativamente amplias para las impugnaciones de constitucionalidad<sup>78</sup> las cuales, en mi opinión - una vez más - permitirían que la parte que se encontrara en la misma situación que Abal procediera a la incoación de un nuevo procedimiento por medio del cual presentaría dicha impugnación conforme a la nueva interpretación de la legislación (como la que fuera adoptada por el TCA respecto de la Ley 18.256). En mi opinión, no hay fundamento alguno para concluir que la habitual existencia de tribunales especializados - ya sea organizados geográficamente o en razón de la materia - es comparable a la realmente excepcional denegación del acceso al foro judicial que tuviera lugar en el presente caso.

78. En segundo lugar, no creo que el análisis del Tribunal haya estado influenciado por el laudo *Mamidoil*, que argumentaba que no había nada inherentemente impropio en un sistema jurídico que dividiera sus funciones en público y privado, o en civil y administrativo<sup>79</sup>. Tal como se analizara *supra*<sup>80</sup>, no hay elemento alguno en mi Opinión que critique o cuestione el valor o la legitimidad de tribunales equivalentes con competencias superpuestas. Esto es así cuando se consideran tanto el sistema jurídico continental como el sistema de *common law*. En cambio, y tal como se explicara *supra*, es la forma particular y sin precedentes en la cual funcionó, en el caso que nos ocupa, el sistema jurídico dividido de Uruguay (con competencia distribuida entre la Suprema Corte y el TCA) lo que resultó en una denegación de justicia.

79. En tercer lugar, tampoco creo que las excepciones de la Demandada estén asistidas por su argumento de que el sistema de Uruguay dispone de un mecanismo de revisión por el cual el TCA puede revisar las decisiones de la Suprema Corte<sup>81</sup>. Tal como reconoce la Demandada, este mecanismo de revisión es limitado: “el *único* momento en el cual el TCA está obligado a

---

<sup>76</sup> Destaco, asimismo, que el sistema judicial de los Estados Unidos tiene un mecanismo (de revisión por parte de la Corte Suprema) para la revisión de las decisiones de los Tribunales de Apelación el cual considera específicamente la existencia de los denominados *circuit splits* (fallos contradictorios de dos o más tribunales de apelación de Estados Unidos). (*International Union, United Auto., Aerospace and Agr. Implement Workers of America AFL-CIO, Local c. Scofield*, 382 Estados Unidos. 205 (1965)). Se concede que Uruguay no tiene mecanismos para resolver las discrepancias entre el TCA y la Suprema Corte. (Audiencia Probatoria, Tr., 2/483/4-7) (Crawford/Salonidis) [CRAWFORD]: Mi pregunta era: “¿Hay algún mecanismo en Uruguay (...) para resolver dichas discrepancias [entre los tribunales al mismo nivel]? SALONIDIS: Según yo sé, no”.

<sup>77</sup> Véase *B & B Hardware, Inc. c. Hargis Industries, Inc.*, 135 S. Ct. 1293 (2015) (“si la ley federal dispone una única norma, las partes no pueden evitar la preclusión de la controversia por el solo hecho de litigar nuevamente en aquellos tribunales que aplican la referida única norma de forma diferencial”). [Traducción libre]; *Christian c. McHugh*, 847 F. Supp. 2d 68 (D.D.C. 2012) (“Al impedir que las partes puedan objetar las cuestiones respecto de las cuales tenían una oportunidad total y justa para litigar, las doctrinas de la preclusión de los reclamos y de preclusión de la controversia protegen en contra de los gastos y los inconvenientes que generan el tratamiento de múltiples juicios, conservan los recursos judiciales, y estimulan la confianza en la acción judicial al minimizar la posibilidad de formular decisiones inconsistentes”). [Traducción libre]

<sup>78</sup> Véanse Normas Federales del Procedimiento Civil de los Estados Unidos, Norma 5.1; véase de forma general Moore’s Federal Practice – Civil § 5.1.02 (2015).

<sup>79</sup> Laudo, párr. 533.

<sup>80</sup> Véanse *supra* los párrs. 10-11.

<sup>81</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 11.54; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 1.29, 11.01, 11.112-11.125.

respetar a la [Suprema Corte] es cuando esta última declara la inconstitucionalidad de una ley”<sup>82</sup>. [Traducción libre] Tal como se analizara *supra*, el fundamento para el reclamo esgrimido por las Demandantes en virtud de la denegación de justicia es la ausencia de una vía en la cual presentar un recurso judicial con posterioridad a que el TCA adoptara, de forma inusual, una interpretación diferente a la pronunciada por la Suprema Corte<sup>83</sup>. En dichas circunstancias, cuando la Suprema Corte confirma la constitucionalidad de una ley y el TCA no está obligado a respetar dicho pronunciamiento, el litigante no dispone de ningún otro recurso en el caso de que las decisiones en cuestión entren en conflicto.

80. Por último, de igual modo que el Tribunal, no estoy convencido con el argumento de la Demandada en cuanto a que la legislación de Uruguay haya permitido la posibilidad de disponer de decisiones inconsistentes durante décadas por parte de la Suprema Corte y del TCA. Tal como se analizara *supra*, supuestamente este es el primer caso en la historia de Uruguay en el cual se llegó a los referidos resultados contradictorios<sup>84</sup>. En consecuencia, no veo fundamento alguno para concluir que las Demandantes deberían haber anticipado las decisiones contradictorias de este tenor, o deberían ser consideradas como aquellas que contrajeron el riesgo de dichas decisiones contradictorias.

81. En cualquier caso, no es la mera posibilidad de decisiones contradictorias, conforme a la legislación de Uruguay, lo que constituye una denegación de justicia; en realidad, la falta del sistema jurídico de Uruguay de proporcionar una posibilidad para impugnar el Artículo 9 de la Ley 18.256 con posterioridad a la interpretación y aplicación con autoridad de dicha disposición por parte del TCA es lo que constituye la denegación de justicia. La referida denegación de acceso a un foro judicial constituye una denegación de justicia la cual está prohibida tanto por el TBI como por el compromiso de Uruguay respecto del principio de legalidad.

## **II. LA REGULACIÓN DE LA PRESENTACIÓN ÚNICA VIOLA LA OBLIGACIÓN DE URUGUAY DE PROPORCIONAR UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO**

82. La segunda cuestión respecto de la cual discrepo con el Tribunal versa sobre la denominada “regulación de la presentación única” que requería que sólo una única “presentación” podía ser utilizada en cada marca de productos de tabaco. En virtud de los motivos analizados *infra*, y de forma contraria a lo expuesto por el Tribunal, no puedo evitar concluir que en el registro de pruebas del presente caso la regulación de la presentación única es manifiestamente arbitraria é irrazonable y, por consiguiente, constituye una violación al Artículo 3 (2) del TBI.

83. Las Demandantes sostienen que la “regulación de la presentación única” impuesta por las Ordenanzas 514 y 466 viola la garantía de tratamiento justo y equitativo conforme al Artículo 3(2) del TBI. Las Demandantes argumentan que no hay relación lógica alguna entre la regulación de la presentación única y el reafirmado propósito regulatorio de la medida (principalmente, el hecho de evitar confundir a los consumidores)<sup>85</sup>. Asimismo, esgrimen que

---

<sup>82</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 11.54; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 1.29, 11.01, 11.112-11.125.

<sup>83</sup> Véanse *supra* los párrs. 36-39.

<sup>84</sup> Véanse *supra* los párrs. 33-35, 59.

<sup>85</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de las Demandantes, párrs. 20-42; 214, 219-230. Réplica de las Demandantes,

la regulación fue adoptada sin deliberación o consulta significativa alguna, e impone una limitación arbitraria al uso de valiosos derechos de propiedad intelectual<sup>86</sup>.

84. La Demandada sostiene que la regulación de la presentación única constituía una medida no-discriminatoria impuesta a todas las compañías tabacaleras y que fue diseñada para prevenir que dichas compañías pudieran confundir a los consumidores<sup>87</sup>. La Demandada argumenta que la existencia de múltiples variantes de marcas conlleva a que los consumidores creen que algunas variantes son menos nocivas que otras, y así los fumadores y los fumadores potenciales carecen de un buen motivo para abandonar el consumo de cigarrillos<sup>88</sup>. La Demandada sostiene, asimismo, que la regulación fue adoptada como resultado de un proceso deliberativo exhaustivo y que respeta el compromiso de Uruguay en virtud del Convenio Marco de la OMS sobre el Control del Tabaco<sup>89</sup>.

85. El Tribunal adopta ampliamente las conclusiones y el análisis de la Demandada. El Tribunal aplica un “margen de apreciación” derivado de las decisiones del TEDH, y concluye que la regulación de la presentación única constituyó “un intento de abordar una preocupación real sobre la salud pública, que la medida tomada no fue desproporcionada a dicha preocupación y que fue adoptada de buena fe”<sup>90</sup>. Concluye, asimismo, que la regulación fue el fruto de la “consulta” con la Comisión Asesora del Ministerio de Salud Pública, a pesar de que el “rastreo documental de tales reuniones fuera exiguo”, y que la regulación era de la naturaleza de una “idea brillante”<sup>91</sup>.

86. En mi opinión, el análisis de la regulación de la presentación única resulta más difícil de lo que el Tribunal sugiere y dicha regulación tiene menos capacidad de disponer de una justificación racional de lo que el Tribunal reconoce. Tal como se analiza *infra*, la medida es internacionalmente única - no está requerida por el Convenio Marco sobre el Control del Tabaco y no se ha adoptado en ningún otro país del mundo – con efectos que son inherentemente demasiado amplios o insuficientemente inclusivos. Mientras reconozco plenamente el poder soberano y la autoridad regulatoria de Uruguay en cuanto a la protección de la salud de su población, estoy convencido de que la regulación de la presentación única no guarda siquiera la mínima relación con el propósito legislativo citado por Uruguay respecto de dicha regulación.

87. Tampoco considero que el TBI o el derecho internacional aplicable obliguen o autoricen el “margen de apreciación” adoptado por el Tribunal. El “margen de apreciación” consiste en una norma legal específica, desarrollada y aplicada en un contexto particular, que no puede ser transferida de forma apropiada al TBI (o a las cuestiones de trato justo y equitativo de forma general). Existen normas legales bien establecidas que ya se aplican a las cuestiones

---

párrs. 27-42, 236-245.

<sup>86</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de las Demandantes, párrs. 214, 222-230; Réplica de las Demandantes, párrs. 43-61, 242-245.

<sup>87</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 1.13, 4.11-8.21.; Dúplica de la Demandada, párrs. 3.12-3.82.

<sup>88</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 4.88-4.143; Dúplica de la Demandada, párrs. 3,12-3,24, 3,32-3,109.

<sup>89</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 1.14, 2.30-2.36, 3.78-3.95, 4.98-4.111; Dúplica de la Demandada, párrs. 2.37-2.38, 3.57-3.60, 3.83-3.109, 7.40.

<sup>90</sup> Laudo, párrs. 399, 409.

<sup>91</sup> Laudo, párr. 407.

de trato justo y equitativo las cuales sirven a los mismos efectos que los del “margen de apreciación”, pero de forma más sutil y equilibrada.

88. Cuando se aplican estas normas que rigen el estándar de trato justo y equitativo, estoy convencido, con base en el registro de pruebas de este procedimiento, que la regulación de la presentación única es arbitraria y carente de razón. En consecuencia, estoy convencido asimismo de que la aplicación de la regulación de la presentación única constituiría una denegación del trato justo y equitativo conforme al Artículo 3(2) del TBI.

#### *A. Cuestiones preliminares*

89. A título preliminar, cabe reiterar que la impugnación de las Demandantes a la regulación de la presentación única no cuestiona de forma alguna la autoridad soberana de Uruguay de adoptar las medidas de protección de la salud y seguridad de su población que crea conveniente. Tal como se describe en el Laudo, Uruguay ha adoptado un extenso y completo compendio de legislaciones y regulaciones que imponen limitaciones y salvaguardas restrictivas de características significativas respecto de la venta y uso de los productos de tabaco<sup>92</sup>. Las Demandantes no proceden a impugnar ninguna de estas regulaciones. Fundamentalmente, no hay elemento alguno en el Laudo (o en la presente Opinión) que esgrima una cuestión respecto de la validez o licitud de cualquiera de dichas regulaciones.

90. En igual sentido, no hay elemento alguno en el Laudo o en la presente Opinión que plantee una cuestión relativa a la autoridad de Uruguay (o de otros estados) de regular, en lo sucesivo, en favor de los intereses de la salud y seguridad pública. Por el contrario, el Laudo deja en claro que Uruguay tiene el poder soberano general e incuestionable de proteger la salud de su población, en el contexto de la regulación de productos de tabaco como en cualquier otro. No hay elemento alguno en el TBI que le impida a Uruguay ejercer dichos poderes.

91. Por último, la presente Opinión tampoco concluye que Uruguay violaría el Artículo 3(2) al prohibir presentaciones engañosas de las marcas de los productos de tabaco, lo que incluye el uso engañoso de colores, descripciones u otras características de diseño. Por el contrario, las pruebas presentadas al Tribunal me convencen de que ni el Artículo 3(2) ni ninguna otra disposición del TBI le impedirían a Uruguay prohibir el uso de las marcas que sugieren consecuencias diferentes para la salud (por ejemplo, versiones color plata o blanco de las marcas que sugieren las características de cigarrillos “ligeros” o “con bajo contenido de nicotina”). Sin embargo, y críticamente, esta es sólo una aplicación de la regulación de la presentación única que se extiende de forma amplia e indiscriminada, y en consecuencia, viola la garantía del tratamiento justo y equitativo conforme al Artículo 3(2) del TBI.

#### *B. Antecedentes de Hecho*

92. En mi opinión, es importante considerar la regulación de la presentación única en su contexto fáctico. Ello comprende considerar tanto la forma en la cual la regulación fue adoptada como el régimen legislativo y regulatorio circundante de Uruguay.

##### 1. El Convenio Marco para el Control del Tabaco

---

<sup>92</sup> Laudo, párrs. 78, 96-107.

93. Tal como describe el Laudo, Uruguay, al igual que otros estados, tiene un extenso régimen legislativo y regulatorio que rige la venta y el uso de los productos de tabaco. Entre otros elementos, este régimen regulatorio adopta el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (“CMCT” o “Convenio”) y las Directrices que fueran adoptadas en virtud del Convenio.

94. El CMCT es un convenio multilateral elaborado en el marco del patrocinio de la Organización Mundial de la Salud (“OMS”) en el año 2003, y ratificado por Uruguay en el año 2004. El Convenio es en esencia global respecto de su cobertura, y cuenta con 180 estados parte. En virtud del Artículo 3, el Convenio “proporcion[a] un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco”<sup>93</sup>.

95. El CMCT contiene disposiciones extensas respecto de la regulación de los productos de tabaco. De forma relevante, el Artículo 4(1) y el Artículo 11(1)(a) disponen, en su parte pertinente, lo siguiente:

*Artículo 4 - (1) 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 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...*

*Artículo 11 - (1) Cada Parte, dentro de un periodo de tres años a partir de la entrada en vigor del Convenio para esa Parte, adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir lo siguiente: (a) que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros. Ellos pueden incluir expresiones tales como “ con bajo contenido de alquitrán”, ‘ligeros’, ‘ultra ligeros’ o ‘suaves’...’<sup>94</sup>.*

96. Los Artículos 13(1), 13(2), 13(4)(a) y 13(5) del Convenio disponen, asimismo, lo siguiente:

*Artículo 13 –*

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

---

<sup>93</sup> Organización Mundial de la Salud (OMS) Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículo 3 [Anexo RL-20].

<sup>94</sup> Organización Mundial de la Salud (OMS) Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículos 4(1), 11(1)(a) [Anexo RL-20].

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.

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, 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;(...)

5. Se alienta a las Partes a que pongan en práctica medidas que vayan más allá de las obligaciones establecidas en el párr. 4<sup>95</sup>.

97. Las Directrices para la aplicación del Artículo 11(1)(a) del CMCT disponen, en su parte pertinente, lo siguiente:

*El párr. 1(a) del artículo 11 del Convenio dice que cada Parte adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros. Por ejemplo expresiones tales como ‘con bajo contenido de alquitrán’, ‘ligeros’, ‘ultraligeros’ o ‘suaves’; esta lista es indicativa pero no exhaustiva. En la aplicación de las obligaciones asumidas en virtud del párr. 1(a) del Artículo 11, las Partes no tienen necesariamente que limitarse a prohibir las expresiones especificadas, sino que también deberían prohibir términos tales como ‘extra’, ‘ultra’ y otros semejantes, en cualquier idioma, que puedan engañar a los consumidores<sup>96</sup>.*

98. Las Directrices para la aplicación del Artículo 13 disponen, *inter alia*, lo siguiente:

*Las Partes deberían prohibir la utilización de todo término, elemento descriptivo, marca de fábrica o de comercio, emblema, imagen de marca, logotipo, color, signo figurativo o de otra clase que promocióne directa o indirectamente algún producto de tabaco o el consumo de tabaco de una manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones de uno o más productos de tabaco o acerca de los efectos para la salud o los peligros del consumo de tabaco. Esta prohibición debería abarcar, entre otras cosas, expresiones tales como “con bajo contenido de alquitrán”, ‘ligero’,*

---

<sup>95</sup> Organización Mundial de la Salud (OMS) Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículos 13(1), 13(2), 13(4)(a), 13(5) [Anexo RL-20].

<sup>96</sup> Directrices para la aplicación del Artículo 11 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco), adoptadas en la tercera Conferencia de las Partes (noviembre de 2008), párr. 43 [Anexo RL-13].

*‘ultraligero’, ‘suave’, ‘extra’, ‘ultra’ y otras expresiones en cualquier idioma que puedan ser engañosas o crear una impresión errónea*<sup>97</sup>.

99. Cabe señalar que el Convenio no requiere ni hace referencia alguna a la regulación de la presentación única. Ello es cierto a pesar de que el Convenio dispone de forma obligatoria una cantidad de otras medidas regulatorias específicas que fueran desarrolladas en el marco de estudios y consultas extensas a nivel internacional. Lo antedicho incluye medidas tendientes a la protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores y lugares públicos cerrados (Artículo 8); restricciones a toda forma de publicidad, promoción incluso el uso engañoso de marcas (Artículo 13); medidas eficaces para que todos los paquetes o envases de productos de tabaco y todo empaquetado externo de dichos productos lleven una indicación que ayude a las Partes a determinar el origen de los productos de tabaco (Artículo 15); medidas eficaces para prohibir la venta de productos de tabaco a los menores de edad (Artículo 16)<sup>98</sup>.

100. A pesar de este listado detallado de medidas regulatorias, y a pesar de la cláusula de “reserva” del Convenio (que contempla regulaciones adicionales a nivel nacional)<sup>99</sup>, no hay sugerencia alguna en el texto o en la historia del Convenio relativa a la regulación de la presentación única que se haya requerido o contemplado en el Convenio. De igual modo, no hay elemento alguno en las Directrices del Convenio que sugiera que la regulación de la presentación única haya sido requerida o contemplada por los redactores del Convenio. Si bien las Directrices hacen referencia a una gran cantidad de medidas regulatorias<sup>100</sup>, no contienen mención alguna a la regulación de la presentación única.

101. Por último, resulta igualmente importante mencionar que la regulación de la presentación única nunca fue impuesta por otro estado, ya sea en América Latina u otra región, con anterioridad a la adopción de la Ordenanza 514 y de la Ordenanza 466 por parte de Uruguay. En cambio, Uruguay fue el primer estado en adoptar o considerar la regulación de la presentación única, según lo que obra en el expediente. De forma similar, y una vez más en virtud de lo que obra en el expediente, ningún otro estado a excepción de Uruguay ha adoptado subsiguientemente la regulación de la presentación única<sup>101</sup>. La regulación de la presentación única careció (y carece) de todo precedente, en un ámbito con extensa regulación.

---

<sup>97</sup> Conferencia de las Partes del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CDP-CMCT), Directrices para la aplicación del Artículo 13 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco), CMCT/CDP3(12), noviembre de 2008, párr. 39 [Anexo RL-133].

<sup>98</sup> Organización Mundial de la Salud (OMS) Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículos 8, 15, 16 [Anexo RL-20].

<sup>99</sup> Organización Mundial de la Salud (OMS) Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículos 2 y 13(5) [Anexo RL-20].

<sup>100</sup> A modo de ejemplo, las Directrices para la aplicación del Artículo 11 del CMCT dispone que “las Partes deberían prohibir que en el empaquetado y etiquetado aparezcan cifras de emisiones” o “deberían impedir que en el empaquetado y etiquetado de productos de tabaco figuren fechas de expiración que induzcan a confusión o engaño a los consumidores y les lleven a concluir que los productos de tabaco se pueden consumir sin riesgo en algún momento”: *Directrices para la aplicación del Artículo 11 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco)*, adoptadas en la tercera Conferencia de las Partes (noviembre de 2008), párrs. 44-45 [Anexo RL-13].

<sup>101</sup> La Demandada sugiere que otros estados (incluso Ecuador) han considerado la adopción de la regulación de la presentación única, pero supuestamente han desistido de la referida adopción ante la pendencia del presente proceso arbitral. Dúplica de la Demandada, párrs. 3.76-3,79; *Uruguay’s Comments on the Written Submission of the Pan American Health Organization* (18 de mayo de 2015), párr. 15. No hay fundamento probatorio independiente alguno para dicha sugerencia y pareciera improbable que estados se abstengan de adoptar lo que ellos consideran medidas de salud pública importantes, a causa de posibles litigios futuros.

## 2. Legislación y Regulaciones de los Productos de Tabaco en Uruguay

102. La legislación y las regulaciones de Uruguay contenían restricciones detalladas respecto del uso y la venta de productos de tabaco con anterioridad a la ratificación del CMCT (el 9 de septiembre de 2004). Estas restricciones fueron preservadas, y luego ampliadas, con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio. Dichas restricciones proporcionan un contexto importante para considerar la regulación de la presentación única.

103. En síntesis:

- a. En 1982, el Parlamento de Uruguay adoptó la Ley 15.361. Dicha legislación imponía una cantidad significativa de restricciones respecto del uso y la venta de productos de tabaco, lo que incluía (a) la obligación de incluir advertencias específicas en los paquetes de productos de tabaco; (b) la prohibición de vender cigarrillos a los menores de edad; (c) el requisito de que las compañías tabacaleras publicaran de forma trimestral los niveles de alquitrán y nicotina de las marcas de cigarrillos<sup>102</sup>.
- b. En 1996, el Decreto 203/996 prohibió fumar en las oficinas, en los edificios públicos y en otras dependencias públicas<sup>103</sup>.
- c. En 1998, el Decreto 142/998 prohibió la promoción de los productos de tabaco que incluían el obsequio de productos<sup>104</sup>.
- d. En 2005, los Decretos 36/005 y 171/005 obligaban la inclusión de textos de advertencia en los paquetes de los productos de tabaco que ocupan el 50% de las superficies de la parte anterior y posterior de los paquetes, requerían la rotación periódica de las advertencias y la inclusión de imágenes y pictogramas especificados por la administración, y prohibían el uso de términos tales como “con bajo contenido de alquitrán” y “ligero”<sup>105</sup>.
- e. En 2005, el Decreto 169/005 limitaba las áreas de fumadores en los restaurantes y bares, y las publicidades en la televisión (con el requisito de disponer de “horarios de protección” al menor)<sup>106</sup>.
- f. En 2005, el Decreto 170/005 prohibía la publicidad y la promoción de productos de tabaco vinculadas a los eventos deportivos<sup>107</sup>.
- g. En 2005, los Decretos 214/005 y 268/005 declararon que todas las oficinas públicas eran consideradas “ambientes 100% libres de humo” y que todas las

---

<sup>102</sup> Ley 15.361, 24 de diciembre de 1982, *modificada por la Ley 17.714*, 10 de diciembre de 2003, Artículo 2 [Anexo C-274].

<sup>103</sup> V. Denis, et al., *Application of FODA Matrix on the Uruguayan Tobacco Industry* (2007) pág. 141, [Anexo R-180].

<sup>104</sup> V. Denis, et al., *Application of FODA Matrix on the Uruguayan Tobacco Industry* (2007) pág. 140, [Anexo R-180].

<sup>105</sup> Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 36/005 (25 de enero de 2005), Artículo 1 [Anexo C-031], Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 171/005, Artículo 1 (31 de mayo de 2005) [Anexo RL-2].

<sup>106</sup> Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 169/005 (6 de junio de 2005), [Anexo C-146].

<sup>107</sup> Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 170/005 (6 de junio de 2005), [Anexo C-147].

instalaciones públicas cerradas y las áreas de trabajo estaban sujetas al mismo requisito<sup>108</sup>.

h. En 2005, el Decreto 415/005 requería que todos los pictogramas de los paquetes de productos de tabaco fueran aprobados por el Ministerio de Salud Pública, especificaba imágenes para su uso en los paquetes de productos de tabaco y requería advertencias sanitarias en uno de los lados del paquete de productos de tabaco<sup>109</sup>.

i. En 2007, el Decreto 202/007 especificaba tres imágenes y leyendas para su uso en las superficies de los paquetes de productos de tabaco<sup>110</sup>.

j. En 2007, la Ley Tributaria 18.083 modificó de forma significativa el régimen impositivo anterior e impuso un impuesto al valor agregado del 22% para los productos de tabaco<sup>111</sup>.

104. Con posterioridad a la ratificación del CMCT por parte de Uruguay, el Parlamento uruguayo adoptó la Ley 18.256 la cual reiteró y extendió varias de las regulaciones precedentes. El Artículo 2 de la Ley 18.256 hacía referencia de forma específica al Convenio, estipulando que “se disponen las medidas tendientes al control del tabaco, a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia de su consumo y la exposición al humo del mismo, de acuerdo a lo dispuesto por el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco”.<sup>112</sup>.

105. Tal como contempla el Artículo 11 del Convenio, el Artículo 8 de la Ley 18.256 denominado “empaquetado y etiquetado” de productos de tabaco, imponía una extensa prohibición en contra de empaquetados o etiquetados falsos o confusos de productos de tabaco, incluso prohibiciones específicas en contra del uso falso o engañoso de marcas, a saber:

*Queda prohibido que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco se promocionen los mismos de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones. Asimismo, queda prohibido el empleo de términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro*<sup>113</sup>.

106. El Artículo 8 fue adoptado por el Decreto 284/008 que contenía una prohibición igualmente amplia en contra del uso engañoso de marcas. El Artículo 12 del Decreto 284 rezaba lo siguiente:

*Queda prohibido el uso de términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase tales como colores o combinación de colores, números o letras, que tengan el efecto directo o*

---

<sup>108</sup> Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 214/005 (5 de julio de 2005) [Anexo C-150], Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 268/005 (5 de septiembre de 2005) [Anexo C-151].

<sup>109</sup> Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 415/005 (26 de octubre de 2005), [Anexo C-153].

<sup>110</sup> Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 202/007 (20 de junio de 2007), [Anexo C-149].

<sup>111</sup> Ley Tributaria de la República Oriental del Uruguay 18.083 (1 de julio de 2007).

<sup>112</sup> Ley 18.256, Artículo 2 [Anexo C-033].

<sup>113</sup> Ley 18.256, Artículo 8 [Anexo C-033].

*indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro*<sup>114</sup>.

Fue entonces en contra de estos antecedentes regulatorios que se adoptó la regulación de la presentación única en la Ordenanza 514 (y, de forma subsiguiente, en la Ordenanza 466).

### 3. Ordenanzas 514 y 466: Regulación de la Presentación Única

107. Tal como se indicara *supra*, la Demandada sostiene que la regulación de la presentación única fue el resultado de un proceso deliberativo, exhaustivo y, completo el cual supuestamente incluyó una gran cantidad de reuniones relativas a dicha regulación<sup>115</sup>. El Tribunal reconoce que el “rastreo documental de tales reuniones [era] exiguo”, a pesar de que el Tribunal pareciera aceptar la alegación de la Demandada en cuanto a que las dos medidas estaban sujetas, al menos, a cierto grado de consideración por parte de la Comisión Asesora del MSP<sup>116</sup>.

108. En mi opinión, el expediente no respalda la conclusión de que la regulación de la presentación única de la Ordenanza 514 o de la Ordenanza 466 fuera precedida por ningún estudio, discusión o deliberación interna de significancia en el Ministerio de Salud Pública, ni por ninguna otra autoridad de Uruguay. Por el contrario, no puedo evitar concluir que no se llevó a cabo ningún estudio, discusión, deliberación o consulta de significancia respecto de la regulación, ya sea en la esfera del Ministerio de Salud Pública ni en ninguna otra entidad.

109. Resulta significativo que el registro de pruebas no contiene ninguna minuta, agenda, protocolo, material preparatorio, memorándum, carta, correo electrónico o toda otra prueba documental que sugiera que alguna vez se llevó a cabo una reunión, una teleconferencia o cualquier otra interacción relativa a la regulación de la presentación única. En caso de que se hubieran celebrado dichas reuniones, inevitablemente se habrían generado documentos de relevancia respecto del cronograma, la organización y el informe de las citadas reuniones. Lo que es más importante aún, habría registros de respecto a los fundamentos y la evaluación de la regulación de la presentación única, por parte del Ministerio de Salud Pública u otras entidades de gobierno. Uruguay era libre de presentar las pruebas documentales de dichas reuniones o de toda otra discusión, pero no lo hizo.

110. Por el contrario, durante la etapa de exhibición de documentos, las Demandantes solicitaron todos los “[d]ocumentos generados u obtenidos por el Ministerio de Salud Pública en el año 2008 que reflejaran sus deliberaciones respecto de la [regulación de la presentación única]”, lo que incluye lo siguiente<sup>117</sup>:

*(i) minutas de las reuniones; (ii) documentos que establecieran las fechas en las cuales se llevaron a cabo las reuniones relativas a la RPU; (iii) correspondencia relativa a la RPU; (iv) documentos que evidenciaran que ‘nuevas marcas, totalmente diferentes a las marcas existentes no transmiten los mismos mensajes que las variantes dentro de la misma marca’; (v) documentos que evidenciaran que las variantes de las marcas eran confusas per se, incluso si ‘los colores no hubieran sido utilizados con anterioridad en Uruguay para vincularlos con las*

<sup>114</sup> Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 284, Artículo 12 [Anexo C-034].

<sup>115</sup> Dúplica de la Demandada, párrs. 3.83-3.109.

<sup>116</sup> Laudo, párr. 407; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 1.1, 4.105-4.107; Dúplica de la Demandada, párrs. 3.83, 3.85-3.87, 3.98-3.108.

<sup>117</sup> Resolución Procesal N.º 2, 13 de enero de 2015, Anexo A, Solicitud N.º 7.

*variantes específicamente prohibidas que previamente fueran identificadas de forma explícita como productos “ligeros” o “suaves”;* (vi) *todas las versiones preliminares de las regulaciones propuestas que derivaron en la RPU, incluso las versiones preliminares de la Ordenanza 514;* (vii) *documentos que reflejaran que la Comisión Asesora había considerado y/o rechazado medidas alternativas.* [Traducción libre]

Las Demandantes también solicitaron todos los “[d]ocumentos que el MSP consideró y/o confió como respaldo probatorio cuando evaluó o adoptó la RPU”<sup>118</sup>. [Traducción libre]

111. En respuesta a ello, la Demandada exhibió sólo seis documentos genéricos, ninguno de los cuales refería a la regulación de la presentación única ni a las reuniones mantenidas en el transcurso del período pertinente a la adopción de la regulación de la presentación única.<sup>119</sup> Tal como se indicara *supra*, ninguno de los referidos materiales evidenciaron estudios, debates o consultas en cuanto a la regulación de la presentación única.

112. Lo antedicho se confirma con la evaluación del muy limitado expediente documental relacionado con la adopción de la regulación de la presentación única. Dicha prueba documental demuestra que simplemente no hubo tiempo - ni tampoco pruebas - en cuanto a ningún estudio, discusión o consulta interna respecto de la regulación de la presentación única.

113. El expediente documental indica que las primeras propuestas relativas a la Ordenanza 514 fueron presentadas en el mes de julio de 2008<sup>120</sup>. No es materia de controversia que la versión preliminar inicial de la ordenanza propuesta (de fecha 25 de julio de 2008) no incluyó la regulación de la presentación única<sup>121</sup>.

114. La primera referencia a la regulación de la presentación única fue incluida en el borrador de la Ordenanza 514 de fecha 28 de julio de 2008, preparada por el Programa Nacional para el Control del Tabaco del Ministerio de Salud Pública. El borrador del 28 de julio agregó el texto de la regulación de la presentación única a la versión anterior que el

---

<sup>118</sup> Resolución Procesal N.º 2, 13 de enero de 2015, Anexo A, Solicitud N.º 1.

<sup>119</sup> Cinco documentos eran anuncios generales realizados por medio de correos electrónicos relativos a reuniones inminentes de la Comisión Asesora, y uno era una copia escaneada de las anotaciones incluidas en un calendario personal donde se registraban las fechas de las reuniones de la Comisión Asesora programadas para el mes de abril de 2008. Correo electrónico enviado por las Comisiones del Ministerio de Salud Pública dirigido al Dr. Abascal et al, 1 de julio de 2008 [Anexo C-328]; Correo electrónico enviado por las Comisiones del Ministerio de Salud Pública dirigido al Dr. Abascal et al, 2 de junio de 2008 [Anexo C-329]; Correo electrónico enviado por las Comisiones del Ministerio de Salud Pública dirigido al Dr. Abascal et al, 18 de junio de 2008 [Anexo C-330]; Correo electrónico enviado por las Comisiones del Ministerio de Salud Pública dirigido al Dr. Abascal et al., 27 de mayo de 2008 [Anexo C-331]; Correo electrónico enviado por Eduardo Bianco dirigido a las Comisiones del Ministerio de Salud Pública, 27 de mayo de 2008 [Anexo C-332]; Agenda Personal de Eduardo Bianco, 2008 [Anexo C-333]. El gobierno no ocultó ningún documento fundándose en su calidad de privilegiado respecto de estas solicitudes.

<sup>120</sup> Expediente Administrativo del Ministerio de Salud relativo a la Ordenanza 514, págs. UGY0001810-1812 [Anexo C-334].

<sup>121</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 3.102; Réplica de las Demandantes, párr. 52.

Ministerio había recibido el 25 de julio<sup>122</sup>, sin que se incluyera comentario o explicación alguna por dicha inclusión<sup>123</sup>.

115. El borrador del 28 de julio fue luego enviado a la División de Salud de la Población dependiente del Ministerio de Salud Pública (*Division de Salud de la Poblacion*), quien remitiera dicha versión el día 30 de julio de 2008 a la Dirección General de Salud (*Direccion General de Salud*). El Director General de Salud (Dr. Basso) revisó la versión preliminar y realizó un único agregado manuscrito al texto de dicha versión; una vez más no hubo explicación o discusión respecto de la regulación de la presentación única<sup>124</sup>. El borrador de la Ordenanza 514 del 28 de julio, con la respectiva modificación del 30 de julio, fue posteriormente firmada y enviada al Ministerio de Salud Pública al día siguiente (1 de agosto de 2008), y una vez más sin ningún comentario o explicación en cuanto a la regulación de la presentación única<sup>125</sup>.

116. Tal como se indicara *supra*, no hubo tiempo durante este proceso para que se llevaran a cabo discusiones o consultas de significancia en cuanto a la regulación de la presentación única. En realidad, la regulación fue formulada, redactada y aprobada en el transcurso de unos pocos días - sin prueba documental alguna, como se indicara *supra*, respecto de reuniones, discusiones o estudios de la medida a nivel gubernamental.

117. Poco tiempo después, el día 18 de agosto de 2008, la versión modificada de fecha 28 de julio de 2008 fue aprobada por el Ministerio de Salud Pública y la Ordenanza 514 fue formalmente adoptada<sup>126</sup>. Una vez entrada en vigor, las porciones pertinentes de la Ordenanza 514 disponían lo siguiente:

*Artículo 3 ... cada marca comercial de productos de tabaco deberá tener una única presentación, de manera que queda prohibido el empleo de términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase, tales como colores, combinación de colores, números o letras, que tengan el efecto directo e indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro, variando solamente los pictogramas y la leyenda de acuerdo al numeral 1º de la presente Ordenanza*<sup>127</sup>.

118. Posteriormente, en septiembre de 2009, el Ministerio de Salud Pública adoptó la Ordenanza 466 que modificaba el texto de la Ordenanza 514. No es materia de controversia que dichas modificaciones fueron introducidas a los efectos de clarificar ciertas cuestiones de la redacción de la Ordenanza 514, no de introducir cambios de fondo. La ordenanza así revisada reformuló la regulación de la presentación única de la siguiente manera:

---

<sup>122</sup> Expediente Administrativo del Ministerio de Salud relativo a la Ordenanza 514 UGY0001836-1838 [Anexo C-334].

<sup>123</sup> Expediente Administrativo del Ministerio de Salud relativo a la Ordenanza 514, págs. UGY0001810-1812; Dúplica de la Demandada, párr. 3.103; Réplica de las Demandantes, párr. 52.

<sup>124</sup> Expediente Administrativo del Ministerio de Salud relativo a la Ordenanza 514, págs. UGY0001824 [Anexo C-334]. Véase, *asimismo*, Declaración Testimonial de Basso, párrs. 11-12 [Anexo RWS-004].

<sup>125</sup> Declaración Testimonial de Basso, párrs. 11-12 [Anexo RWS-004].

<sup>126</sup> Expediente Administrativo del Ministerio de Salud relativo a la Ordenanza 514 UGY0001836-1838 [Anexo C-334].

<sup>127</sup> Ordenanza 514 del Ministerio de Salud Pública, 18 de agosto de 2008, Artículos 3 [Anexo C-003].

Artículo 3 Cada marca comercial de productos de tabaco deberá tener una única presentación, variando solamente las imágenes y leyendas de acuerdo al numeral primero de la presente Ordenanza<sup>128</sup>.

119. Tal como se indicara *supra*, no hubo documentos u otro material que acompañara cualquiera de los borradores de las ordenanzas propuestas (tanto en el año 2008 como en el año 2009) y que explicara el propósito o los antecedentes de la regulación de la presentación única o la forma en la cual dicha regulación había sido contemplada para ser aplicada en la práctica; tampoco se remitió prueba empírica alguna que pudiera respaldar los objetivos o la eficacia de la citada regulación. Tampoco hay registros documentales de deliberaciones internas, ni ediciones o revisiones relativas a la regulación.

120. De igual manera, tampoco habían registros documentales de consultas externas realizadas por el Ministerio de Salud Pública respecto de la regulación de la presentación única, ya sea con la Comisión Nacional Asesora para el Control del Tabaco, el Programa Nacional para el Control del Tabaco, o cualquiera otra entidad de gobierno (ni tampoco con los representantes de las mencionadas entidades asesoras de gobierno o con los correspondientes a otras entidades asesoras de gobierno). De forma similar, tampoco hay registros documentales de consultas realizadas por el MSP respecto de la regulación de la presentación única con los representantes de la industria del tabaco, ni ninguna notificación a los actores de la industria del tabaco (u otros), ni oportunidad alguna para efectuar comentarios a la regulación propuesta<sup>129</sup>.

121. Uruguay efectivamente presentó una limitada cantidad de pruebas testimoniales, indicando, en términos generales, que la regulación de la presentación única era objeto de ciertas discusiones interna, aunque limitadas<sup>130</sup>. Incluso en su momento más álgido, dicha declaración testimonial hace referencia, como máximo, sólo a unas breves discusiones generales con el Ministerio de Salud Pública respecto de la regulación de la presentación única, sin denotar sugerencia alguna en cuanto a estudios o informes de presentaciones internos, o a consultas externas.

122. Asimismo, cuando la cuestión es determinar si el gobierno consideró de manera formal las medidas regulatorias propuestas (y, en ese caso, en qué medida), es preferible la prueba documental contemporánea que los relatos y las declaraciones testimoniales. En el caso que nos ocupa, los eventos en cuestión tuvieron lugar aproximadamente hace ocho años (en el 2008), y comprendieron un breve período de tiempo (comprendido entre el 28 de julio y el 1 de agosto de 2008, tal como se indicara *supra*). No hay cuestionamiento alguno de que la

---

<sup>128</sup> Ordenanza 466 del Ministerio de Salud Pública, 1 de septiembre de 2009, Artículo 3 [Anexo C-043].

<sup>129</sup> Hay pruebas de que BAT, otra compañía tabacalera, recibió información informal en cuanto a que una medida similar a la regulación de la presentación única, estaba siendo considerada, a fines del mes de julio de 2008. Correo electrónico enviado por Sr. Javier Ortiz dirigido a Chris Diller, 24 de julio de 2008 [Anexo C-343]; Documento adjunto al correo electrónico enviado por Javier Ortiz dirigido a Chris Dille, 24 de julio de 2008 [Anexo C-353]. Las Demandantes no recibieron dicha notificación y no hay prueba alguna de que se hayan realizado consultas entre las Demandantes (u otras compañías tabacaleras). Declaración Testimonial de Dille, párr. 6 [Anexo CWS-005]; Segunda Declaración Testimonial de Dille, párr. 4 [Anexo CWS-022].

<sup>130</sup> Declaración Testimonial de Abascal, párrs. 7-12 [Anexo RWS-001]; Declaración Testimonial de Bianco, párrs. 7-11 [Anexo RWS-002]; Declaración Testimonial de Basso, párrs. 8-12 [Anexo RWS-004]; Declaración Testimonial de Sica, párrs. 6-10 [Anexo RWS-005]; Declaración Testimonial de Lorenzo, párrs. 11-15 [Anexo RWS-006]; Segunda Declaración Testimonial de Abascal, párrs. 4-5, 8 [Anexo RWS-007]; Declaración Testimonial de Muñoz, párrs. 15-19 [Anexo RWS-001].

prueba documental contemporánea es infinitamente más confiable en estas circunstancias que las declaraciones testimoniales relativas a los relatos de las reuniones o discusiones pasadas.

123. La prueba documental es clara al demostrar que no hubo discusión o consideración interna de significancia alguna en cuanto a la regulación de la presentación única en el ámbito del Ministerio de Salud Pública (o en cualquiera otra entidad de gobierno de Uruguay). No hay prueba confiable que demuestre que se celebró alguna reunión en la que se discutiera la regulación de forma significativa, en circunstancias en las cuales inevitablemente se habría generado documentación contemporánea relacionada con dichas discusiones<sup>131</sup>. De igual modo, no hay registros de ningún documento o referencias a ningún estudio, discusión interna o comentario respecto de la regulación de la presentación única. En mi opinión, la ineludible conclusión radica en que no hubo discusión o deliberación seria en el Ministerio de Salud Pública o, de manera general, en otra entidad del gobierno uruguayo, sobre esta regulación.

124. Esta ausencia de estudios, análisis o discusiones de una medida no incluida en el listado integral del CMCT de medidas de control de tabaco recomendados u obligatorios, que nunca antes fuera adoptada (o incluso discutida) por ningún otro estado, resulta imposible de reconciliar con el reclamo de la Demandada respecto de que la regulación fue la consecuencia de un “proceso deliberativo exhaustivo que comprendió la opinión de los asesores externos y de los encargados de las regulaciones de gobierno”<sup>132</sup>. [Traducción libre] Por el contrario, considero que el expediente evidencia que la regulación de la presentación única fue adoptada sin que mediara estudio, discusión, deliberación o consulta significativa alguna con la industria.

125. La ausencia de toda deliberación evidente respecto de la regulación de la presentación única es, en mi opinión, relevante en cuanto a la evaluación del reclamo de las Demandantes en virtud del trato justo y equitativo<sup>133</sup>. Este antecedente no es decisivo, pero sin embargo proporciona un contexto importante para evaluar la medida en la cual la adopción uruguaya impugnada es arbitraria o desproporcionada.

126. En pocas palabras, los reclamos relativos a que una acción de gobierno es arbitraria, desproporcionada o irracional - en cuanto a cualquier propósito de gobierno declarado - son más plausibles respecto de una medida regulatoria carente de precedentes, adoptada sin ningún estudio, discusión, o consulta previa de significancia, que se aparta de un régimen regulatorio

---

<sup>131</sup> Resulta imposible concluir que las reuniones celebradas en el MSP, o con los grupos asesores de gobierno, no hubieran requerido agendas y presentaciones; no hubieran resultado en minutas o protocolos; y no se hubiera hecho referencia a ellas en la correspondencia o en los informes.

<sup>132</sup> Réplica de la Demandada, párr. 3.84 (“Uruguay se involucró en un proceso deliberativo exhaustivo que comprendió la opinión de los asesores externos y de los encargados de las regulaciones de gobierno para considerar la forma en la que debería abordar el problema en curso de que los consumidores son engañados para creer que algunos cigarrillos son menos nocivos que otros. Estas discusiones, que tuvieron lugar en el transcurso de varios meses, se fundaron en la literatura científica y de salud pública existente, y consideraron una gran diversidad de opciones en materia regulatoria. Finalmente concluyeron en la recomendación de que el MSP debía adoptar la RPU. El Ministerio dejó sujeta esta recomendación a su proceso de evaluación interno y decidió que ameritaba su adopción. Una vez que se completaron estos procesos, se procedió a la elaboración de la Ordenanza la cual estaba sujeta a una revisión interna adicional dentro del MSP antes de que fuera oficialmente adoptada y firmada en calidad de ley por el Ministerio de Salud Pública”). [Traducción libre]

<sup>133</sup> Véase, por ejemplo, *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 3 de agosto de 2005, Parte III, Capítulo B, párr. 57; Parte III, Capítulo A, párr. 101 (“el cronograma de la legislación del Senado de California, el estudio científico, la audiencia pública, la orden ejecutiva y las iniciativas que garantizan una exención 'oxigenada' [fueron] todas confirmadas de forma objetiva” y la prueba científica estaba sujeta a las “audiencias públicas, a las declaraciones testimoniales y a la revisión entre pares”). [Traducción libre]

internacional integral ampliamente conocido, que respecto de aquellas medidas que fueran adoptadas por otros estados, recomendadas por organismos internacionales, o desarrolladas a través de minuciosos estudios, discusiones y consultas internas o de otras características<sup>134</sup>. O, dicho de otra manera, el reclamo de que debe haber deferencia hacia una acción gubernamental debido a la pericia administrativa o regulatoria son menos persuasivos en aquellas situaciones en las cuales no hay indicación alguna de que se haya confiado o fundado en dicha pericia respecto de las medidas impugnadas.

127. Tal como se analizara *supra*, la regulación de la presentación única de Uruguay constituyó un distanciamiento significativo de la práctica internacional previa y de las medidas regulatorias recomendadas internacionalmente. Si bien se ha otorgado una consideración sustancial a las cuestiones relativas al control de los productos de tabaco de forma general, y al empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco de forma particular, ni el CMCT ni sus Directrices, y tampoco ningún régimen regulatorio nacional, ha adoptado o propuesto la regulación de la presentación única. Como mínimo, dicha situación priva a la citada regulación del respaldo que de todo otro modo habría obtenido al adoptar de un estándar internacional; de forma aún más general, dicha situación inevitablemente genera el cuestionamiento relativo a la justificación de una medida que, a pesar de la muy extensa consideración internacional en la materia, nunca fue adoptada o propuesta.

128. Lo anterior sugiere asimismo que la regulación no fue una “idea brillante” como expresa caritativamente el Tribunal<sup>135</sup>, en realidad fue una directiva carente de reflexión emitida muy apresuradamente y sin los controles y la validación que proporcionan los estudios y discusiones internas y/o las notificaciones y consultas externas. Cuando una medida de gobierno infringe los derechos protegidos de los inversores - tal como ocurre con la Ordenanza 514, estas circunstancias contextuales demandan una atención particular al considerar los reclamos esgrimidos respecto de que una medida no es arbitraria, desproporcionada o injusta.

### C. Análisis

129. Respecto al análisis de la regulación de la presentación única, no puedo evitar concluir que la regulación constituye una violación al estándar de tratamiento justo y equitativo conforme al Artículo 3(2). En cambio, sin perjuicio de la deferencia que le corresponde a las medidas regulatorias y a los fallos soberanos, estoy convencido de que la regulación no guarda relación lógica alguna con su propósito legislativo declarado, aunque perjudica derechos importantes de los inversores de forma desproporcionada.

---

<sup>134</sup> Con frecuencia, los Tribunales han considerado la relevancia de la práctica del estado cuando se debe determinar si una medida ha violado el estándar de TJE. Véase, por ejemplo, *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003, párr. 188 [Anexo RL-165] (los requisitos internos impugnados respecto del contenido y cumplimiento en las adquisiciones de gobierno "deben encontrarse en los sistemas jurídicos internos o en la práctica administrativa de muchos Estados") [Traducción libre]; *Noble Ventures Inc. c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, párrs. 178, 182 [Anexo RL-165] (los procesos judiciales de reorganización por insolvencia están "estipulados en todos los sistemas jurídicos"); *Link-Trading Joint Stock Company c. Moldavia*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 18 de abril de 2002 (las medidas impositivas impugnadas "no diferían de las políticas adoptadas por varios países a nivel mundial"). [Traducción libre]

<sup>135</sup> Laudo, párr. 407.

## 1. Trato Justo y Equitativo

130. Los términos del TBI son familiares y de características semejantes a aquellos encontrados en muchos otros tratados internacionales de inversión. El Artículo 3(2) dispone, entre otras cosas, que “cada Parte Contratante asegurará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante”.

131. Tal como de manera correcta lo indica el Laudo<sup>136</sup>, la garantía de “tratamiento justo y equitativo” conforme al Artículo 3(2) no puede equipararse con el estándar mínimo internacional y tradicional de trato a extranjeros (ya sea el estándar referido en *Neer c. Estados Unidos Mexicanos* o en todo otro proceso). No hay referencia alguna de que el Artículo 3(2) fuera concebido solamente para incorporar el estándar mínimo internacional<sup>137</sup>, y mucho menos el estándar mínimo internacional como fuera referido en ocasiones en las primeras décadas del siglo XX.

132. Tal como el Tribunal concluyera de forma correcta, la garantía de trato justo y equitativo del Artículo 3(2) es, en realidad, un estándar autónomo definido por los términos del TBI y por los principios del derecho internacional que son evolutivos. Tal como concluyera el tribunal en *Mondev c. Estados Unidos* : “es poco convincente limitar el significado del “tratamiento justo y equitativo” ... a lo que aquellos términos —suponiendo que estuvieran actualizados en ese momento—podrían haber significado en la década de ...”<sup>138</sup>. [Traducción libre]

133. Uno de los elementos fundamentales de la garantía de “tratamiento justo y equitativo” es la protección contra el trato arbitrario. Esta garantía refleja un aspecto fundamental del principio de legalidad: los ciudadanos tienen derecho a un trato que sea racional y proporcionado por parte de sus respectivos gobiernos. Las medidas de gobierno arbitrarias o irrazonables, que no guardan relación alguna con un propósito legítimo de gobierno, o que son totalmente desproporcionadas respecto del logro de dicho propósito, no son justas ni equitativas y son contrarias al principio de legalidad en lugar de adherirse a él.

134. Esta conclusión ha sido prácticamente adoptada de forma uniforme por decisiones bien consideradas que interpretan protecciones internacionales similares a aquellas contempladas en el Artículo 3(2) del TBI. El tribunal en *Saluka c. República Checa* sostuvo que la garantía de trato justo y equitativo asegura que un estado “no actúe de un modo manifiestamente inconsistente, no transparente, irracional (es decir, no relacionado con alguna política racional), o discriminatorio (es decir, sobre la base de distinciones injustificables”<sup>139</sup>. [Traducción libre] De forma similar, el tribunal en *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* sostuvo que el trato justo y equitativo brinda protección en contra de la acción de gobierno “arbitraria,

---

<sup>136</sup> Laudo, párr. 316-324.

<sup>137</sup> La Demandada sostiene que el Artículo 3(2) “refiere al estándar mínimo del tratamiento otorgado a los extranjeros con arreglo al derecho internacional consuetudinario”: Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 8.3. El Tribunal debidamente rechaza este argumento, ya que ostenta el peso decisivo de la autoridad arbitral: Laudo, párrs. 316-324.

<sup>138</sup> *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, párr. 210 [Anexo CLA-280].

<sup>139</sup> *Saluka Investments B.V. (los Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 309 (énfasis agregado) [Anexo CLA-227].

gravemente gravemente injusta, inequitativa o idiosincrática... discriminatoria o [que] expone a la demandante a un perjuicio sectorial o racial”<sup>140</sup>. [Traducción libre]

135. De forma aún más específica, la garantía de trato justo y equitativo brinda protección contra “una medida que ocasione un daño al inversor sin que sirva a ningún propósito legítimo aparente”<sup>141</sup> o que se “pone en práctica de forma caprichosa sin motivo alguno”<sup>142</sup>. O bien, en palabras del tribunal en *Rumeli Telecom c. Kazajstán*, “[e]l estándar de ‘razonabilidad’ no tiene un significado diferente al del ‘trato justo y equitativo’ al cual está vinculado. Por consiguiente, requiere que la conducta del Estado tenga una relación razonable con alguna política racional”<sup>143</sup>. (Traducción libre)

136. Todas estas formulaciones reflejan un principio común. Las acciones de gobierno que invadan los derechos individuales deben satisfacer los estándares mínimos de racionalidad y proporcionalidad: deben ser justas y equitativas, no arbitrarias o caprichosas.

137. Resulta importante reconocer que el estándar de trato justo y equitativo, y la protección contra las medidas arbitrarias, no faculta a este tribunal, ni a ningún otro, a cuestionar las decisiones legislativas o regulatorias. Por el contrario, está bien establecido que las decisiones de las autoridades regulatorias y legislativas nacionales tienen el derecho, en virtud de la garantía de trato justo y equitativo, a una medida de deferencia sustancial.

138. Sin embargo, y en este sentido, no puedo coincidir con la aplicación del Tribunal del “margen de apreciación” desarrollado en virtud de la jurisprudencia del TEDH. Tal como se analizará *infra*, dicha doctrina se funda en el lenguaje específico del CEDH y sus Protocolos y, como lo indica otra autoridad, no es transferible a los términos específicos del Artículo 3(2) del TBI o, de forma más general, al derecho internacional consuetudinario <sup>144</sup>.

139. En cambio, y en mi opinión, el nivel apropiado de deferencia al considerar los reclamos de conformidad con el Artículo 3(2) debe derivarse de los términos y el contexto del TBI en sí mismo, conforme a las normas del derecho internacional consuetudinario para la interpretación de los tratados, y de las decisiones que involucran garantías similares de trato justo y equitativo en otros instrumentos internacionales. En mi opinión, estas fuentes ordenan que se aplique una deferencia sustancial para las decisiones regulatorias y legislativas de Uruguay, y prohíben todo cuestionamiento a dichas decisiones; sin embargo, requieren un nivel mínimo de racionalidad y proporcionalidad entre la medida del estado y el propósito gubernamental legítimo<sup>145</sup>.

---

<sup>140</sup> *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, párr. 98 (énfasis agregado) [Anexo CLA-225].

<sup>141</sup> *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 198 [Anexo CLA-221].

<sup>142</sup> *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 198 [Anexo CLA-221].

<sup>143</sup> *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N.º ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, párr. 671.

<sup>144</sup> Véanse *infra* los párrs. 181-191.

<sup>145</sup> Una gran cantidad de laudos han considerado el principio de proporcionalidad al interpretar y aplicar las disposiciones de trato justo y equitativo en los tratados de inversión. El fundamento para proceder en tal sentido es objeto de debate. Véase B. Kingsbury & S. Schill, ‘Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable

140. El punto de partida para el análisis radica en que, tal como el tribunal concluyera en *S.D. Myers c. Canadá* respecto de los reclamos de trato justo y equitativo conforme al TLCAN, dichos reclamos deben ser esgrimidos “a la luz de la elevada medida de deferencia que el derecho internacional generalmente extiende a los derechos de las autoridades locales para regular las cuestiones dentro de sus propias fronteras”<sup>146</sup>. El tribunal en *S.D. Myers* concluyó lo siguiente:

*Cuando se interpreta y analiza el ‘estándar mínimo’, el tribunal conforme al Capítulo 11 carece de una facultad irrestricta para cuestionar el proceso de toma de decisión de un gobierno. Los gobiernos deben adoptar muchas decisiones potencialmente controvertidas. Al hacerlo, puede parecer que cometieron errores, que juzgaron equivocadamente los hechos, que procedieron sobre la base de una teoría económica o sociológica inconducente, que hicieron demasiado hincapié en algunos valores sociales respecto de otros y que adoptaron soluciones que en última instancia son ineficaces o contraproducentes. El resarcimiento ordinario, en caso de que hubiera alguno, para subsanar los errores cometidos de los gobiernos modernos recae en los procesos políticos y legales internos, con inclusión de las elecciones*<sup>147</sup>.

141. Esta observación refleja la supuesta legalidad de la autoridad de gobierno conforme al derecho internacional consuetudinario, así como el respeto por la soberanía de los estados, particularmente en virtud de las decisiones legislativas y regulatorias en cuanto a las cuestiones locales. O, como lo observara otro tribunal, un estado no violaría sus obligaciones respecto de un inversor si las autoridades de gobierno adoptaran “una decisión diferente a la que los árbitros hubieran adoptado si fueran reguladores”; “los árbitros no son reguladores de nivel superior” y “no sustituyen sus fallos por los adoptados por las entidades nacionales que aplican la legislación nacional”<sup>148</sup>. [Traducción libre] En general, no es responsabilidad del tribunal idear o imponer diferentes propósitos u objetivos (salvo casos excepcionales que comprendan razonamientos a modo de pretexto)<sup>149</sup>.

---

Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law’ (2009) Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, Public Law & Legal Research Theory Research Paper Series, Working Paper No. 09-46, pág. 23; C. Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration* (CUP 2015), págs. 23, 70-71; G. Bücheler, *Proportionality in Investor-State Arbitration* (OUP 2015), págs. 193-199. A los efectos del presente caso, resulta suficiente observar que el requisito de trato “justo y equitativo” contemplado en el Artículo 3(2) implica necesariamente una medida de proporcionalidad. Si bien está relacionado, el requisito de proporcionalidad difiere del correspondiente a la racionalidad o razonabilidad. El concepto de proporcionalidad importa un análisis de la legitimidad del propósito de una medida y si la medida es igualmente necesaria y pertinente para dicho propósito, mientras que el concepto de razonabilidad o arbitrariedad hace hincapié en la relación entre la medida y los derechos del inversor.

<sup>146</sup> *S.D. Myers Inc. c. Gobierno de Canadá*, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 263 [Anexo RL-155]. Véase asimismo *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010, párr. 505 [Anexo RLA-114].

<sup>147</sup> *S.D. Myers Inc. c. Gobierno de Canadá*, Laudo Parcial, párr. 263 [Anexo RLA-114]. Si bien el tribunal en *S.D. Myers* aplicó el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario conforme al Artículo 1105(1) del TLCAN, los tribunales han sido orientados por esta formulación cuando han considerado también los estándares autónomos de TJE. Véase, por ejemplo, *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, párr. 115; *Gemplus S.A., SLP S.A. & Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos* y *Talsud S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Casos CIADI N.º ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010, Parte VI, párr. 26.

<sup>148</sup> *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010, párr. 283 [Anexo RLA-114].

<sup>149</sup> Véase, por ejemplo, *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Los Estados*

142. No obstante, la deferencia de las medidas de gobierno no constituye un sustituto del análisis razonado, ya sea conforme al derecho internacional consuetudinario como al Artículo 3(2) del TBI: la deferencia de las medidas soberanas es el punto de partida, pero no el punto final, de la evaluación de los reclamos en virtud de trato justo y equitativo. En realidad, resultan necesarios los siguientes elementos: una sensible y sutil consideración de la naturaleza de la medida de gobierno, la característica y el contexto de la decisión de gobierno, la relación entre la medida y su propósito declarado, y el impacto de la medida en las inversiones protegidas.

143. Dicha consideración debe tener lugar en el contexto específico de las disposiciones pertinentes del tratado aplicables a las medidas objeto de la controversia. En el presente caso, el TBI no contiene un lenguaje que reserve alguna esfera de discreción o inmunidad en particular para las acciones de los estados. Existe un lenguaje de estas características en otros contextos - con inclusión del CEDH, tal como se analizara *infra*<sup>150</sup>, o los tratados que ordenan la deferencia o proporcionan excepciones a las garantías internacionales<sup>151</sup>. El Artículo 3(2) del TBI no contempla un texto de tales características. En realidad, el TBI requiere la interpretación y la aplicación del estándar de “trato justo y equitativo” en el contexto del TBI, y de forma más general, respecto de los principios de derecho internacional aplicables.

144. En mi opinión, la garantía de “trato justo y equitativo” y los requisitos relacionados de razonabilidad y proporcionalidad requieren una consideración objetiva de la medida en la cual una decisión de gobierno está racionalmente vinculada a, o promueve justamente, los propósitos articulados por el estado. Dicha consideración debe otorgarle una deferencia importante a la elección de un estado entre diversos medios que compiten para dar cumplimiento a sus propósitos, su evaluación de la probabilidad de que ciertos medios sean efectivos, y su ponderación de costos y beneficios.

145. Sin embargo, esta deferencia no exime al tribunal de su obligación, conforme al TBI o al derecho internacional consuetudinario, de determinar si una medida en particular es justa y equitativa, o proporcionada, a la luz de los propósitos articulados por el estado. A su vez, el tribunal debe evaluar, en el contexto de acciones legislativas y regulatorias de un estado, si una medida en particular está racionalmente vinculada, y si es justamente proporcional, a los propósitos articulados por el estado.

---

*Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007, párrs. 142, 149-150; *Methanex c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002, párr. 158; *S.D. Myers Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 263 [Anexo RL-155]; *Corn Products International, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/04/1, Laudo, 18 de agosto de 2009, párr. 137.

<sup>150</sup> Véanse *infra* los párrs. 181-191.

<sup>151</sup> Véase, por ejemplo, el Artículo 22(2) del Tratado de Libre Comercio entre Australia y Estados Unidos (“No hay elemento alguno en el presente Tratado que deba ser interpretado como que impide que una de las Partes aplique medidas que *considera necesarias* para el cumplimiento de sus obligaciones tendientes a mantener o restaurar la paz o la seguridad internacional, o la protección de sus propios intereses de seguridad esenciales”). [Traducción libre]

## 2. Regulación de la Presentación Única de Uruguay

146. Al aplicar el estándar precedente, concluyo que la regulación de la presentación única, considerada en el contexto del régimen regulatorio de Uruguay, es arbitraria y desproporcionada. En consecuencia, y sin perjuicio de la deferencia pertinente que le corresponde a las decisiones regulatorias y legislativas nacionales, estoy convencido de que la regulación viola la garantía de trato justo y equitativo contemplada en el TBI.

147. Uruguay ha explicado muy claramente el propósito de gobierno de la regulación de la presentación única, a saber: “luchar contra una práctica que confundió a los fumadores o a potenciales fumadores, para hacerles creer que ciertas variantes de marcas eran menos nocivas que sus marcas principales, u otras variantes dentro de la misma familia de marca, y los llevó a fumar variantes supuestamente 'más seguras' en lugar de abandonar el consumo de tabaco”<sup>152</sup>. [Traducción libre] En términos similares, Uruguay explicó lo siguiente: “la existencia de múltiples variantes de una única marca *per se* genera un riesgo de engaño en las mentes de algunos consumidores”<sup>153</sup> y el propósito de la regulación de la presentación única es “disminuir la habilidad que tiene la industria para continuar perpetrando esta ficción”<sup>154</sup>. [Traducción libre] Los testigos de la Demandada identificaron los mismos propósitos de la regulación en sus respectivos testimonios<sup>155</sup>, al igual que como hiciera el TCA en su consideración de la Ley 18.256 y sus regulaciones en materia de implementación<sup>156</sup>.

148. No hay objeción alguna de que son propósitos legítimos y totalmente inherentes a las decisiones de gobierno. La protección de los consumidores en contra de la comercialización engañosa o que pueda inducir a error a fin de salvaguardar la salud pública está dentro del alcance de las facultades regulatorias de cualquier gobierno. Dicha conclusión no es materia de controversia y es indiscutible.

149. No hay cuestionamiento, en mi opinión, de que el Tribunal deba conceder deferencias a los propósitos legislativos elegidos por Uruguay. A pesar de que se podrían concebir propósitos legislativos alternativos o adicionales para la regulación de la presentación única, es responsabilidad del estado, no del tribunal de arbitraje, la identificación de tales propósitos respecto de medidas que haya adoptado<sup>157</sup>.

150. Tomando en cuenta los objetivos de la presentación única mencionados anteriormente, el estándar de trato justo y equitativo requiere, al menos, algunas medidas de consideración objetiva en la medida en la cual el requisito cumple, o se estima que cumpla, con dicho propósito. Al proceder en tal sentido, resulta importante considerar tanto los términos de las

---

<sup>152</sup> Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 5.54. Véase *asimismo* Audiencia Probatoria (Tr., 1/198/7-199/7) (Koh); (Tr., 1/231/11-18; 1/233/21-234/11) (Reichler).

<sup>153</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 3.34.

<sup>154</sup> Dúplica de la Demandada, párr. 3.39.

<sup>155</sup> (Audiencia Probatoria, Tr., 3/797/7-798/8) (Lorenzo); (Tr. 1/186/7-187:10) (Basso).

<sup>156</sup> Decisión 512 del TCA, Sección VI [Anexo C-116] (“evidente finalidad estriba en que el consumidor no se familiarice y conviva sin percibir sobre las consecuencias perniciosas atribuibles a los productos de tabaco”).

<sup>157</sup> Véase, por ejemplo, *GAMI Investments, Inc. c. El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 15 de noviembre de 2004, párr. 114; *Bilicon c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA N.º 2009-04, Laudo, 17 de mayo de 2015, párr. 598; *Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/10/23, Laudo, 19 de diciembre de 2013, párrs. 490-493, 629-638; *Parkerings Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI N.º ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, párr. 332 [Anexo RL-177].

Ordenanzas 514 y 466 como los términos de la legislación previa de Uruguay en materia de dicho propósito.

151. Tal como se indicara *supra*, con anterioridad a la adopción de la Ordenanza 514, la legislación de Uruguay ya contemplaba prohibiciones en contra del empaquetado o etiquetado engañoso de los productos de tabaco y, en particular, del uso engañoso de las marcas. Específicamente, el Artículo 8 de la Ley 18.256 denominado “Empaquetado y etiquetado” de los productos de tabaco disponía lo siguiente:

*Queda prohibido que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco se promocionen los mismos de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones. Asimismo, queda prohibido el empleo de términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro*<sup>158</sup>.

152. El Artículo 8 fue implementado por el Decreto 284 en cuyo Artículo 12 disponía lo siguiente:

*Queda prohibido el uso de términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase tales como colores o combinación de colores, números o letras, que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro*<sup>159</sup>.

153. De forma conjunta, el Artículo 8 de la Ley 18.256 y el Artículo 12 del Decreto 284 disponían prohibiciones explícitas y extensas en contra del uso engañoso de las marcas y de otros elementos del empaquetado o etiquetado de los productos de tabaco que tuvieran el “efecto directo o indirecto” de confundir a los consumidores. Al proceder en tal sentido, el Artículo 11(1)(a) y 11(4) del CMCT entraron en vigor en Uruguay, los cuales contenían disposiciones paralelas respecto del uso engañoso de las marcas, el empaquetado, el etiquetado y la publicidad<sup>160</sup>.

154. Asimismo, Uruguay prohibió el uso de descripciones tales como “ligero” y “suave” conforme al Decreto Presidencial 171/2005. Específicamente, el Artículo 1 rezaba lo siguiente:

*... lo dispuesto en el Decreto N° 36/005 de 25 de enero de 2005, en cuanto a que las advertencias sanitarias que deberán ocupar el 50% de las superficies totales expuestas en los paquetes y envases de productos de tabaco, deberán ser rotativas e incluirán imágenes y/o pictogramas. Asimismo se establece que en dichos productos no se podrá emplear expresiones, términos, elementos, marcas, o signos que tengan el efecto directo de crear una falsa impresión,*

---

<sup>158</sup> Ley 18.256, Artículo 8 [Anexo C-033].

<sup>159</sup> Decreto de la República Oriental del Uruguay N.º 284, Artículo 12 [Anexo C-034].

<sup>160</sup> Organización Mundial de la Salud (OMS) Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículos 11.1(a), 11(4) [Anexo RL-20].

*como ser 'bajo contenido de alquitrán', 'ligeros (lights)', 'ultraligeros (ultralight)', o 'suaves (mild)'<sup>161</sup>.*

155. Dadas estas disposiciones de la legislación de Uruguay, es obligatorio preguntarse a qué propósito adicional serviría la regulación de la presentación única respecto del cumplimiento del único propósito declarado de la medida, es decir, el de prevenir el uso de marcas engañosas. El hecho es que la legislación de Uruguay ya contemplaba disposiciones minuciosamente redactadas, adoptando los modelos internacionales, que daban cumplimiento precisamente a dicho propósito.

156. Sin perjuicio de este antecedente regulatorio, que ya contaba con prohibiciones en contra del empaquetado y etiquetado engañoso de los productos de tabaco, la Ordenanza 514 y la Ordenanza 466 introdujeron una medida diferente en cuanto al uso de las marcas relativas a los productos de tabaco, las cuales (en última instancia) disponían lo siguiente:

*Artículo 3. Cada marca comercial de productos de tabaco deberá tener una única presentación, variando solamente las imágenes y leyendas de acuerdo al numeral primero de la presente Ordenanza<sup>162</sup>.*

157. En mi opinión, esta disposición es inherentemente inadecuada para dar cumplimiento al propósito esgrimido de prohibir el uso de marcas engañosas o que induzcan a error. En realidad, y en virtud de una reflexión considerada, no puedo evitar concluir que la regulación de la presentación única es inevitablemente incapaz de discriminar entre un uso confuso o no confuso de las marcas, y, en consecuencia, es tanto arbitraria como desproporcionada.

158. Tal como fuera adoptada finalmente, la regulación de la presentación única de la Ordenanza 466 es una medida terminante y con un extenso efecto que no contiene elemento alguno que haga hincapié o se refiera al uso engañoso, falso o que induzca a error de las marcas. Por lo tanto, la medida prohíbe casi inevitablemente muchos usos de las marcas que no son engañosos o que induzca a error, al tiempo que permite incluso más usos de las marcas que son en realidad engañosos y que induzca a error. En pocas palabras, hay una incompatibilidad fundamental entre las características y los términos de la regulación de la presentación única y su propósito declarado.

159. En primer lugar, la regulación de la presentación única contemplada en la Ordenanza 466 es inherentemente demasiado amplia. Conforme a sus términos, la regulación prohíbe todo otro uso de marcas relativas a los productos de tabaco que no siga una única presentación. Sin embargo, no hay razón alguna en las pruebas lógicas o empíricas para concluir que todos los innumerables usos diferentes de las marcas que podrían emplearse en los productos de tabaco, más allá de en una única presentación, son engañosos o inducen a error.

160. No hay elemento alguno en el expediente de este procedimiento que sugiera que todas las presentaciones de un producto, a excepción de una única presentación adoptada por el fabricante, son engañosas o inducen a error. Como mucho, la Demandada cita algunas (pero muy limitadas) pruebas que demuestran que el uso de ciertas variaciones de colores en determinadas presentaciones de marcas podrían engañar a los consumidores (a modo de

---

<sup>161</sup> Decreto Presidencial 171/2005, Artículo 1 [Anexo C-148].

<sup>162</sup> Ordenanza 466 del Ministerio de Salud Pública, 1 de septiembre de 2009, Artículo 3 [Anexo C-043].

ejemplo, presentaciones color plata o blanco que efectivamente indiquen que son cigarrillos “livianos” o “con bajo contenido de alquitrán” )<sup>163</sup>. En mi opinión, esta prueba era poco convincente, incluso respecto de la cuestión de los diferentes colores de las marcas, en razón de los motivos detallados por las pruebas periciales de las Demandantes; dicha prueba concluía que el uso de variantes de marcas con colores diferentes no creaban la impresión de que los cigarrillos de un color de marca tenían un menor riesgo para la salud que otros colores de marca<sup>164</sup>.

161. No obstante, como fuera aplicado al uso de, al menos, algunos colores diferentes de marcas (por ejemplo, plata, blanco, rojo, azul) y a las descripciones “ligeros” y “con bajo contenido de alquitrán”, concluyo con base en el expediente del presente procedimiento de arbitraje que la prohibición de Uruguay en contra del uso de variantes de marcas no fue arbitraria o desproporcionada. Si bien la prueba que respalda dicha prohibición, en mi opinión, era tenue, fue suficiente para confirmar la prohibición en contra del uso de dichos colores diferentes de las marcas para los paquetes de los productos de tabaco, particularmente a la luz de la deferencia que le corresponde a las decisiones regulatorias y legislativas de un estado.

162. Sin embargo, incluso aceptando esta prueba, esto no respalda la amplia regulación de la presentación única contemplada en la Ordenanza 466 en cuanto a todos los aspectos de las marcas de fábrica o de comercio (incluso el uso de características de diseño distintivas, palabras o números adicionales, variaciones geográficas o estacionales inscripciones o leyendas diferentes, todos los colores, etc.). La prueba de la Demandada se refiere sólo al uso de los colores como extensiones o variantes de la marca, y al uso de algunos descriptores (como ser “ligero” y “con bajo contenido de alquitrán”)<sup>165</sup>, pero no hace referencia a ninguna otra forma de variantes de marcas.

163. En mi opinión, esto resulta insuficiente para justificar la amplia prohibición de la Ordenanza 466 respecto de todas las presentaciones a excepción de la única presentación de cualquier marca de productos de tabaco. En pocas palabras, el hecho de que algunos usos de los colores en ciertas marcas de productos de tabaco puedan considerarse como engañosos en ciertas ocasiones, ello no sugiere, incluso de forma indirecta, que todas las otras variantes de las marcas también sean engañosas.

164. A modo de ejemplo, no hay razón para pensar, o prueba que demuestre, que los diseños estacionales de los productos de tabaco serían engañosos, o que las variantes de marca con números que se correspondan con la cantidad de cigarrillos contenidos en un paquete serían engañosas, o que las marcas con leyendas diferentes o con tamaños o estilos diferentes podrían inducir a error. No hay elemento alguno en la lógica o en el registro de pruebas que sugiera que hay alguna cuestión falaz o engañosa respecto de estas innumerables variantes de marca. En mi opinión, resulta imposible evitar la conclusión, en virtud del expediente del presente procedimiento de arbitraje, que la regulación de la presentación única es demasiado amplia.

---

<sup>163</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 4.118-4.143, 4.89-4.97; Dúplica de la Demandada, párrs. 3.48-3.60, 5.1-5.45; Informe Pericial del Profesor Joel Cohen, 19 de septiembre de 2014, párrs. 112-113, 127.

<sup>164</sup> Véase Informe Pericial del Sr. Alexander Chernev, 28 de febrero de 2014, párrs. 4, 30 [Anexo CWS-009]; Segundo Informe Pericial del Sr. Alexander Chernev, 17 de abril de 2015, párr. 130 [Anexo CWS-020]; Informe Pericial del Sr. Jacob Jacoby, 17 de abril de 2015, párrs. 5, 42-45 [Anexo CWS-021].

<sup>165</sup> Informe Pericial del Profesor Joel Cohen, 19 de septiembre de 2014, párrafos 112-113, 127.

165. Volviendo una vez más a la característica fundamental de la regulación de la presentación única, es inevitable que la regulación esté mal orientada o sea demasiado inclusiva, en un caso extremo. Considere una regulación cuyo propósito sea prohibir publicidades engañosas de alimentos o automóviles, la cual requiere que los fabricantes utilicen sólo una única presentación para toda marca de productos alimenticios o de automóviles. Obviamente, dicha prohibición no tendría efecto alguno - salvo de forma accidental - para desalentar las publicidades engañosas de alimentos o automóviles, al tiempo que prohibiría amplias categorías de publicidades perfectamente aceptables y deseables. La regulación de la presentación única contemplada en la Ordenanza 466 no difiere de este ejemplo.

166. La conclusión de que la Ordenanza 466 es realmente inclusiva de forma exagerada resulta particularmente cierta dada la existencia, como se analizara *supra*, del Artículo 8 de la Ley 18.256, el Artículo 12 del Decreto 284, y el Decreto Presidencial 171/2005 los cuales ya prohibían específicamente el uso engañoso o que induzca a error de las marcas. Debido a que ya existían estas prohibiciones existentes en contra de las prácticas engañosas, es imposible ver en que forma la regulación adicional de la presentación única no podía sino ser demasiado inclusiva; así, pareciera una obviedad esgrimir que la Ordenanza 466 no agrega elemento alguno a la Ley 18.256, al Decreto 284 y al Decreto Presidencial 171/2005 a excepción de una prohibición en contra de usos *no engañosos* de las marcas.

167. Estas conclusiones tienen una fuerza particular ya que, tal como se abordara *supra*, el registro de pruebas demuestra con claridad que la regulación de la presentación única fue adoptada sin ningún estudio previo, debate interno, o consulta externa de significancia. En realidad, y en la medida en que lo demuestran las pruebas, la regulación fue formulada, redactada y adoptada en el transcurso de unos pocos días sin ningún estudio o discusión material sobre la medida<sup>166</sup>. La ausencia de controles internos, o de consultas externas, contribuyen tanto a explicar como a resaltar el carácter arbitrario y desproporcionado de la regulación de la presentación única.

168. En segundo lugar, y de forma contraria, la regulación de la presentación única de la Ordenanza 466 es también insuficientemente inclusiva. En particular, la Ordenanza 466 prohíbe las presentaciones múltiples de una única marca, pero no abordó la cuestión de las presentaciones confusas de las diferentes marcas, y específicamente, no abordó la cuestión de la prohibición del uso de las denominadas “marcas de coartada” que empleaban combinaciones de colores y diseños que apenas se diferencien para obtener precisamente los mismos resultados que la regulación de la presentación única supuestamente intentaba prevenir.

169. Resulta útil considerar lo que la Ordenanza 466 prohíbe, y lo que permite, al evaluar si la regulación de la presentación única es una medida justa, proporcionada y no arbitraria tendiente a prevenir que los consumidores sean engañados. Específicamente, la regulación de la presentación única contemplada en la Ordenanza 466 prohíbe el uso de las marcas de fábrica o de comercio de la Demandante que se indican a continuación (identificadas con una “X” de color rojo)<sup>167</sup>:

---

<sup>166</sup> Véanse *supra* los párrs. 109-130.

<sup>167</sup> Memorial de las Demandantes, párr. 36.



170. A la vez, la regulación de la presentación única contemplada en la Ordenanza 466 permite comercializar los cigarrillos en virtud de las denominadas marcas “de coartada”, empleando elementos y colores comunes de marcas. Los ejemplos que se indican *infra* corresponden a productos comercializados por un productor local de Uruguay (no por la Demandante quien, por lo general, no utilizaba marcas de coartadas <sup>168</sup> :



171. Resulta muy difícil identificar una diferencia sustancial entre estas dos categorías de marcas desde la perspectiva del engaño al consumidor. No hay diferencia sustancial en el uso de los colores (y, si la hubiere, el uso que hacen las marcas “de coartada” de los colores suaves es mucho más pronunciado que los correspondientes a las variantes de marca de las Demandantes). En consecuencia, resulta imposible evitar la conclusión de que la regulación de la presentación única es realmente insuficientemente inclusiva<sup>169</sup>.

<sup>168</sup> Memorial de las Demandantes, párrs. 40-41.

<sup>169</sup> Si bien el presente caso no requiere una decisión de la cuestión sobre la cual versa, la característica de insuficientemente inclusiva de una medida no sería, por lo general, un fundamento independiente para concluir que la medida constituyó una denegación del trato justo y equitativo. En principio, los estados serían libres de abordar algunos, pero no necesariamente todos, los aspectos de un daño percibido. Véase, por ejemplo, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, párr. 805 [Anexo RL-183] (“[e]l hecho de que [la medida] mitigue parte, pero no la totalidad, del daño no significa que carezca de razonabilidad o arbitrariedad manifiesta; es más probable que signifique una concesión entre los deseos y las necesidades que entran en conflicto de varias de las partes afectadas”). [Traducción libre] Podría haber circunstancias en las cuales las medidas insuficientemente inclusivas plantearían cuestiones de discriminación o conducta a modo de pretexto, pero dichas consideraciones no han sido esgrimidas en el presente caso.

172. A la luz de lo que antecede, considero que más allá de toda controversia la regulación de la presentación única es inherentemente o demasiado inclusiva o insuficientemente inclusiva. En pocas palabras, la regulación de la presentación única está inherentemente e ineludiblemente desvinculada con su único propósito articulado, proteger a los consumidores del uso engañoso de las marcas. Simplemente, no hay relación lógica o empírica entre la amplia regulación de la presentación única y las publicidades o los paquetes que inducen a error. Por el contrario, los únicos efectos independientes de la regulación de la presentación única radican en prohibir una variedad sustancial de usos de las marcas que no son engañosos y no inducen a error, al tiempo que permite otros usos de dichas marcas que son evidentemente engañosos y falaces.

173. Así, cuando se interpreta la regulación de la presentación única junto con las disposiciones preexistentes de la Ley 18.256, del Decreto 284 y del Decreto Presidencial 171/2005, la regulación es *sólo* demasiado inclusiva e insuficientemente inclusiva. Dicho de otro modo, todo aquello que la regulación de la presentación única supuestamente intenta obtener había sido logrado de forma específica con anterioridad por medio de las disposiciones preexistentes de la legislación de Uruguay, mientras que la regulación en sí misma, independientemente, no prohíbe otra cosa más que elementos que no permiten que su declarado propósito avance. Dicho resultado no es justo ni equitativo; es arbitrario y caprichoso.

174. Tal como se indicara *supra*, considero relevante la ausencia de pruebas sobre cualquier otro uso o consideración internacional de la regulación de la presentación única, y de todo estudio, deliberación o consulta significativa a la regulación de la presentación única. Si la regulación de la presentación única tuviera un verdadero sentido regulatorio, habría estado incluida en el extenso catálogo de medidas regulatorias del CMCT o en el complemento de la Directrices de dichas medidas. Incluso en caso contrario, la medida habría sido recomendada en la vasta literatura sobre regulaciones en contra del consumo de tabaco, o alternativamente, habría sido el resultado de estudios y deliberaciones que propugnarán en favor de su adopción.

175. Sin embargo, y tal como de analizó previamente, la regulación de la presentación única no constituyó ninguno de estos conceptos: fue, en realidad, una propuesta inherentemente e inevitablemente arbitraria que nunca antes había sido recomendada, discutida o adoptada, y que fuera adoptada rápidamente sin ningún estudio, debate o consideración de seriedad<sup>170</sup>.

176. En estas circunstancias, e incluso aceptando el “margen de apreciación” del Tribunal a los efectos de la argumentación, no puedo concordar que la regulación de la presentación única haya cumplido con los requisitos de racionalidad y proporcionalidad. Conociendo la vasta autoridad legislativa de Uruguay, y la extensa discreción regulatoria, sigue siendo imposible entender que una medida adoptada de forma apresurada que no concuerda en absoluto con su propósito articulado, y que, hasta el momento, infringiera derechos e intereses protegidos puede satisfacer incluso el estándar declarado por el Tribunal.

177. Al identificar la irracionalidad inherente a la regulación de la presentación única, cualquier tribunal no socavaría la autoridad regulatoria y de gobierno de Uruguay. Tal como se analizara *supra*, Uruguay ya puede prevenir todo aquello que sostiene que la regulación tiene la intención de lograr conforme a la Ley 18.256, al Decreto 284 y al Decreto Presidencial 171/2005, con inclusión del uso engañoso de colores diferentes en los paquetes de los productos

---

<sup>170</sup> Véanse párrs. 107-128 *supra*.

de tabaco<sup>171</sup>. Los únicos elementos que la Ordenanza 466 puede lógicamente prohibir son aquellos conceptos que Uruguay no ha expresado que intenta prohibir, pero que sus propios ciudadanos quieren adoptar. No restringe la autoridad soberana de Uruguay, ni invade las facultades regulatorias de dicho país, determinar que estas aplicaciones de la Ordenanza 466 le denegarían a las Demandantes un trato justo y equitativo.

178. Por último, resulta importante señalar los límites de la conclusión precedente. No se determina que Uruguay no pueda adoptar otras regulaciones para los productos de tabaco con otros propósitos como ya lo ha hecho. No se determina que Uruguay no pueda prohibir el uso de marcas con presentaciones de diferentes colores u otras presentaciones que se descubra que son engañosas (tal como ocurre con el uso de, al menos, algunos colores y descripciones). Asimismo, no se analiza la cuestión relativa a la facultad de Uruguay de adoptar medidas con el propósito de reducir el consumo de tabaco o la prevalencia del tabaquismo, o incluso las regulaciones con el propósito de eliminar completamente el consumo de tabaco o la comercialización de dicho producto. Todos ellos son propósitos de gobierno supuestamente válidos y lícitos que podrían respaldar una gran variedad de medidas de control de los productos de tabaco supuestamente válidas y lícitas.

179. Pero dichos propósitos, y dichas medidas, no son objeto de controversia en el presente procedimiento de arbitraje. El hecho controvertido es la regulación de la presentación única y el propósito declarado de prohibir el empaquetado confuso de productos de tabaco. Además, por los motivos que se esgrimen *supra*, no puedo evitar la conclusión de que, en las circunstancias de los propósitos regulatorios articulados y el régimen regulatorio existente en Uruguay, la regulación constituye una negación del trato justo y equitativo.

#### D. Observaciones Adicionales

180. El análisis precedente establece mi desacuerdo con las conclusiones del Tribunal, y la defensa de la Demandada, respecto de la regulación de la presentación única. Asimismo, varios conceptos adicionales requieren un breve análisis.

181. En primer lugar, y tal como se indicara *supra*, no concuerdo con la conclusión del Tribunal de que “el ‘margen de apreciación’ no se circunscribe al contexto del [CEDH], sino que se aplica igualmente a las reclamaciones que surgen en virtud de TBI”<sup>172</sup>. En mi opinión, resulta imposible esgrimir esta conclusión en cuanto al TBI que nos ocupa en el presente procedimiento de arbitraje y también es imposible justificar de forma más general en cuanto a otros instrumentos de inversión.

182. La doctrina del “margen de apreciación” es, tal como reconociera el Tribunal, el resultado de las decisiones del TEDH que aplica el CEDH<sup>173</sup>. A su vez, al formular el citado “margen de apreciación”, el TEDH se ha fundado en el Artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH el cual protege la propiedad privada de la expropiación, sujeto a las excepciones en virtud del “interés público” y el “interés general”<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> Véanse párrs. 148-159 *supra*.

<sup>172</sup> Laudo, párr. 399.

<sup>173</sup> Laudo, párr. 399.

<sup>174</sup> El Artículo 1 del Protocolo 1 dispone lo siguiente: "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus

183. El Artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH ha sido interpretado por el TEDH a fin de otorgar un amplio margen de apreciación a las autoridades de gobierno respecto de lo que constituye el “interés público”<sup>175</sup>. En el marco de otras cuestiones, el TEDH ha sostenido que “debería respetar la decisión legislativa respecto del ‘interés público’ a menos que dicha decisión carezca de forma manifiesta de todo fundamento razonable”<sup>176</sup>. Esta interpretación del Convenio y sus Protocolos es respaldada por los *travaux préparatoires* del Convenio que indican que los redactores tenían la intención de incorporar un margen de apreciación “muy amplio”<sup>177</sup>.

184. No hay disposición alguna en el texto del TBI que sea equivalente al Artículo 1 del Protocolo 1, o que pueda proporcionar un fundamento textual para incorporar dicho concepto al Artículo 3(2) del TBI. Por el contrario, y tal como reconociera el Tribunal<sup>178</sup>, el Artículo 3(2) está redactado de forma general y hace referencia a la garantía de “trato justo y equitativo” sin la incorporación del estándar internacional mínimo o limitaciones de ese tipo en el Artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH. Tampoco hay elemento alguno en el *travaux* del TBI, en la medida en que las partes lo hayan sugerido o que haya podido descubrir, que sugiera que sus partes tuvieron la intención de incorporar el concepto de “margen de apreciación”.

185. El “margen de apreciación” utilizado conforme al Protocolo 1 del CEDH fue redactado y aceptado en un contexto histórico y geográfico específico, respecto de un instrumento particular en materia de derechos humanos. Las razones que derivaron en la aceptación del “margen de apreciación” en el contexto del CEDH no son necesariamente transferibles a otros contextos, incluso específicamente al TBI entre Suiza y Uruguay. En realidad, de la misma forma en la que el significado de la garantía de trato justo y equitativo del Artículo 3(2) debe ser determinado por interpretación del TBI<sup>179</sup>, el estándar de revisión y grado de deferencia que le corresponde a las decisiones regulatorias y legislativas de un estado debe ser determinado por interpretación del TBI, no por el CEDH y las decisiones que interpretan dicho instrumento.

186. Esta conclusión es congruente con las decisiones de aquellos tribunales arbitrales y cortes internacionales que abordaron la cuestión. Estas decisiones han desestimado de forma consistente la doctrina del margen de apreciación cuando se aplican las normas generales del

---

bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

<sup>175</sup> El alcance del Artículo 1 es extremadamente amplio en comparación con el enfoque adoptado conforme a otros tratados internacionales en materia de derechos humanos. A modo de ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU no aplica la doctrina del margen de apreciación en casos relativos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP): véase, por ejemplo, Observación General N.º 34, “Artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión”, UN Doc. CCPR/C/GC/34 (2011), párr. 36 (“el alcance de esta libertad no debe determinarse por referencia a un ‘margen de apreciación’”); *Ilmari Lämsman c. Finlandia*, UN Hum. Rts. Com, 14 de octubre de 1993, párr. 9.4.

<sup>176</sup> *James y otros c. Reino Unido*, TDEH, Series A No. 98, 21 de febrero 1986, párr. 46; véase asimismo *Broniowski c. Polonia*, TEDH Solicitud N.º 31443/96, Sentencia, 22 de junio de 2005, párr. 149 [Anexo RL-190].

<sup>177</sup> *Travaux préparatoires* del CEDH, Reunión número 17, 7 de septiembre de 1949, pág. 1150 (Teitgen) (“Cada país deberá, por medio de su propia legislación, determinar las condiciones en las cuales estas libertades garantizadas deberán ejercerse dentro de su territorio, y, al definir las condiciones prácticas para el funcionamiento de estas libertades garantizadas, cada país deberá tener un amplio margen de acción”). [Traducción libre]

<sup>178</sup> Laudo, párrs. 316-319.

<sup>179</sup> Laudo, párrs. 316-317.

derecho internacional. De hecho, han considerado a la doctrina como una norma específica, limitada al contexto particular en el que fuera formulada.

187. Así, el tribunal en *Siemens c. Argentina* concluyó que “el Artículo 1 del Protocolo Primero del CEDH permite un margen de apreciación no contemplado en el derecho internacional consuetudinario o en el Tratado [Bilateral de Inversión entre Alemania y Argentina]”<sup>180</sup>. [Traducción libre] De forma similar, el tribunal en *Quasar de Valores c. Federación Rusa* sostuvo que las protecciones garantizadas por el tratado bilateral de inversión aplicable no podrían ser ignoradas por el margen de apreciación del CEDH<sup>181</sup>. De igual modo, el tribunal en *von Pezold c. Zimbabwe* rechazó la aplicación del margen de apreciación, argumentando lo siguiente:

*[S]e debería tener una debida precaución al introducir conceptos provenientes de otros regímenes jurídicos (en este caso, la legislación europea en derechos humanos) sin un sustento sólido para proceder en tal sentido. El equilibrar los derechos humanos que compiten entre sí (no los absolutos) y la necesidad de otorgar a los Estados un margen de apreciación cuando adoptan dichas decisiones de compensación está bien establecido en la legislación en materia de derechos humanos, pero el Tribunal desconoce que el concepto haya recibido gran aceptación en el derecho internacional de inversiones.*

*Esta es una situación muy diferente de aquella en la cual se utiliza generalmente el margen de apreciación. Aquí, el Gobierno ha acordado obligaciones internacionales específicas y no hay cualificación alguna para el ‘margen de apreciación’ conforme al TBI en cuestión. Asimismo, la doctrina del margen de apreciación no ha alcanzado estado consuetudinario. Por consiguiente, el Tribunal rechaza la aplicación de esta doctrina*<sup>182</sup>. [Traducción libre]

188. Por el contrario, el único laudo que supuestamente ha adoptado un “margen de apreciación” conforme a la jurisprudencia del TEDH lo ha hecho en el contexto de una disposición del TBI que contenía excepciones explícitas en virtud del “orden público” y los “intereses de seguridad esenciales”<sup>183</sup>. Al adoptar un margen de apreciación, el tribunal se fundó específicamente en estas referencias textuales<sup>184</sup>, al tiempo que emitía precauciones respecto de conclusiones similares en ausencia de un fundamento textual<sup>185</sup>.

<sup>180</sup> *Siemens c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007, párr. 354 [Anexo RL-198].

<sup>181</sup> *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. c. La Federación Rusa*, SCC No. 24/2007, Laudo, 20 de julio de 2012, párr. 22 [Anexo RL-198] (“[C]uando el valor de una inversión haya sido sustancialmente perjudicado por la acción del estado, no obstante por una regulación de buena fe a los efectos del interés público, se puede observar la fuerza de la proposición en cuanto a que los tratados de protección de la inversión no podrían permitir que el estado receptor adopte semejante carga individual en un inversor extranjero para contribuir, sin el pago de compensación alguna, a la obtención de propósitos regulatorios en beneficio de la comunidad nacional de la cual el inversor no es parte”). [Traducción libre]

<sup>182</sup> *Bernhard von Pezold y Otros c. República de Zimbabwe*, Caso CIADI N.º ARB/10/15, Laudo, 28 de julio de 2015, párrs. 465-466.

<sup>183</sup> *Continental Casualty c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008, párr. 187 [Anexo CLA-096]; véase asimismo, Réplica sobre el Fondo de las Demandantes, párr. 173.

<sup>184</sup> *Continental Casualty c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008, párr. 181 [Anexo CLA-096] (“[L]a expresión ‘sus propios intereses de seguridad’ implica que el margen de apreciación debe otorgarse a la Parte que reclama de buena fe que los intereses contemplados en la medida son intereses de seguridad esenciales o que el orden público está en riesgo”). [Traducción libre]

<sup>185</sup> *Continental Casualty c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008,

189. Hay otros dos laudos que ameritan una breve mención. En *Electrabel*, el tribunal sostuvo que un “margen de apreciación razonable” debería ser aplicado<sup>186</sup>; mientras que en *Lemire*, el tribunal otorgó “una gran medida de deferencia” al estado demandado<sup>187</sup>. El lenguaje empleado por estos tribunales no indica una aplicación de la doctrina del margen de apreciación del TEDH, pero constituyen referencias generales a la deferencia como estándar de revisión. No es materia de controversia que un cierto grado de deferencia debería ser concedido al estado, pero el Laudo se equivoca, en mi opinión, al respaldar un estándar de revisión transpolado del concepto de margen de apreciación del TEDH, y tan amplio como fuera concedido por este último tribunal.

190. Otras cortes y tribunales internacionales han rechazado asimismo y de forma consistente la aplicación del concepto de margen de apreciación similar al desarrollado conforme al CEDH<sup>188</sup>. A modo de ejemplo, la Corte Internacional de Justicia también ha rechazado constantemente la doctrina del margen de apreciación en varios contextos<sup>189</sup>, argumentando recientemente en *Whaling in the Antarctic* que “la medida objetiva para determinar si un programa sirve a los efectos de la investigación científica no hace hincapié en las intenciones de los funcionarios de gobierno de forma individual, sino en la determinación de si el diseño y la implementación de un programa son razonables en cuanto a la obtención de los propósitos de la investigación que se hayan declarado”<sup>190</sup>. [Traducción libre]

191. En síntesis, no puedo concordar con la transpolación de la doctrina del margen de apreciación desde el contexto del CEDH a el TBI Suiza - Uruguay o al derecho internacional de forma más general. Por el contrario, estoy convencido, sobre la base de las conclusiones de otros tribunales y cortes internacionales, que se debe establecer otro estándar de revisión más específico que haga hincapié en los términos y el contexto del tratado pertinente<sup>191</sup>. Tal como

---

párr. 187 [Anexo CLA-096] (“A pesar de que una disposición como el Artículo XI, tal como fuera indicado previamente, contempla naturalmente un margen de apreciación por la parte que lo invoca, se debe tener precaución al permitir que una parte quede eximida unilateralmente de sus obligaciones en virtud del tratado en ausencia de indicaciones textuales o contextuales claras”). [Traducción libre]

<sup>186</sup> *Electrabel c. Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Aplicabilidad y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012, párr. 8.35 [Anexo RL-200].

<sup>187</sup> *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/8, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010, párr. 505 [Anexo RLA-114]. Véase asimismo *Saluka c. República Checa*, Laudo Parcial, párr. 272 [Anexo CLA-227] (“[República Checa] gozó del margen de discreción”); *Frontier Petroleum Services Ltd. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de noviembre de 2010, párr. 527 [Anexo CLA-105] (“Los estados gozan de un cierto margen de apreciación al determinar cuál es su respectiva concepción de política pública internacional”). [Traducción libre]

<sup>188</sup> A los mismos efectos, se indica el siguiente comentario bien razonado: J. Arato, ‘The Margin of Appreciation in International Investment Law’ (2013) 54(3) *Virginia Journal of International Law* 546, pág. 578 (“sosteniendo que aplicar el margen de apreciación resultaría en un ‘daño activo’ para el derecho de inversión en su totalidad”) [Traducción libre]; E. Bjørge, ‘Been There, Done That: The Margin of Appreciation and International Law’ (2015) 4(1) *C. J. I. C. L.* 181.

<sup>189</sup> Véase, por ejemplo, *Oil Platforms (Iran v US)* [2003] CIJ Rep 2003 161, párr. 73 (“[E] requisito del derecho internacional en cuanto a que las medidas adoptadas públicamente en defensa propia deben haber sido necesarias para dicho propósito es estricto y objetivo, dejando ninguna posibilidad para ‘medida de discreción’ alguna”) [Traducción libre]; *Gabcikovo/Nagyymaros (Hungria/Eslovaquia)*, 1997 CIJ 7, 40 (“[E] estado de necesidad sólo puede ser invocado bajo ciertas condiciones estrictamente definidas que deben satisfacerse de forma acumulada; y el Estado en cuestión no es el único que determina si dichas condiciones fueron cumplidas”) [Traducción libre].

<sup>190</sup> *Whaling in the Antarctic (Australia c. Japón; con intervención de Nueva Zelanda)* [2014] CIJ Rep 2014, párr. 97.

<sup>191</sup> Véase, por ejemplo, *Glamis Gold c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, párr. 617 [Anexo RL-183] (argumentando que el estándar de deferencia estaba “presente en el estándar como fuera declarado, en lugar de haber sido agregado al estándar” y “[l]a idea de deferencia se encuentra en los modificadores

se abordara *supra*, este estándar resulta, en mi opinión, en un grado de deferencia sustancial para las decisiones regulatorias soberanas, pero no garantiza la incorporación del concepto de “interés público” conforme al TEDH en las protecciones del Artículo 3(2) del CEDH.

192. En segundo lugar, el Tribunal concluye que “en dichas circunstancias Uruguay no debía realizar estudios adicionales o recabar más evidencia en respaldo de las Medidas Impugnadas” porque “[t]al respaldo fue ampliamente concedido por las disposiciones del CMCT basadas en la evidencia y las directrices adoptadas en virtud de ellas”<sup>192</sup>. Respecto de la regulación de la presentación única, considero que el expediente del presente procedimiento de arbitraje no avala esta conclusión.

193. Tal como se analizara *supra*, ni el CMCT ni sus Directrices hacen referencia alguna a la regulación de la presentación única, ni tampoco sugieren que dicha regulación sea tanto requerida como contemplada<sup>193</sup>. En consecuencia, no puedo concordar en que el Convenio y sus Directrices hayan avalado la regulación de la presentación única. De hecho, el CMCT y sus Directrices no brindan ningún respaldo a dicha regulación, ya que no la requieren ni mencionan.

194. En mi opinión, la inferencia opuesta es más apropiada. En el transcurso de estudios y consultas extensas, y de la compilación de un listado muy extenso y exhaustivo de medidas obligatorias y recomendadas para el control de los productos de tabaco, los redactores del CMCT y sus Directrices no eligieron recomendar o requerir la regulación de la presentación única. Dicha omisión deriva en la inferencia natural de que la regulación no fue considerada como útil ni fue avalada por los estudios relativos al Convenio. En estas circunstancias, no puedo concordar en que el CMCT y sus trabajos preparatorios proporcionan respaldo alguno a la regulación de la presentación única.

195. En tercer lugar, las partes hicieron ciertos esfuerzos para demostrar que la regulación de la presentación única era efectiva o no para reducir el consumo de tabaco y la prevalencia del tabaquismo<sup>194</sup>. Conuerdo con el Tribunal en que esta prueba era realmente no concluyente, tanto debido a cuestiones relativas a la confiabilidad de las encuestas y las estadísticas disponibles como debido a las dificultades en establecer causalidad<sup>195</sup>.

196. El punto fundamental es que la regulación de la presentación única violó el Artículo 3(2) por motivos distintos a la evaluación *a posteriori* de la eficacia de la medida en la reducción del consumo de tabaco. En realidad, tal como se abordara *supra*, la regulación de la presentación única debe ser considerada como arbitraria y desproporcionada ya que es totalmente innecesaria para el cumplimiento de su único propósito declarado y, en cambio, prohíbe categorías de conducta esenciales que no dan cumplimiento a dicho objetivo. Es justamente dicha ausencia fundamental de racionalidad y proporcionalidad la que torna a esta regulación arbitraria y desproporcionada.

\* \* \* \* \*

---

'manifiesto' y 'total' que hacen que este estándar sea estricto; el concepto sostiene que un incumplimiento requiere un elemento mayor más que sólo la arbitrariedad, algo que sea sorprendente, impactante o demuestre una carencia manifiesta de razonamiento"). [Traducción libre]

<sup>192</sup> Laudo, párr. 396.

<sup>193</sup> Organización Mundial de la Salud (OMS), Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), Artículo 11 [Anexo RL-20]; *Directrices para la aplicación del Artículo 11 del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco)* [Anexo RL-13].

<sup>194</sup> Memorial de las Demandantes, párrs. 112-13; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 6.45.

<sup>195</sup> Laudo, párr. 408.

197. En síntesis, concuerdo con la mayoría de las conclusiones del Tribunal, pero disiento con el Laudo respecto de dos cuestiones importantes. Mis conclusiones respecto de estas cuestiones no ponen en duda la vasta autoridad de Uruguay, o de otros estados, de regular en favor de los intereses de la salud y la seguridad pública. Sin embargo, ellas hacen hincapié en las garantías del acceso a la justicia y a la protección contra la arbitraria conducta del estado y, por consiguiente, lamentablemente debo disentir.

[Firmado]

---

Sr. Gary Born  
Árbitro  
Fecha: 28 de junio de 2016