



SENADO
REPÚBLICA DOMINICANA
Dirección Técnica de Revisión Legislativa
"Año del Fomento a las Exportaciones"

Santo Domingo de Guzmán, D. N.

DETEREL 434/2018.

A la : Comisión Permanente de **Salud Pública.**

Vía : **Lic. Mayra Ruiz de Astwood,**
Coordinadora de Comisiones Permanentes

CC : **Lic. Mercedes Camarena Abreu.**
Secretaria General Legislativa Interina.

De : **Welnel D. Félix F.**
Director Departamento Técnico de Revisión Legislativa

Asunto : Opinión sobre proyecto de ley mediante el cual se prohíbe el uso de la Hookah en lugares público y privados.

Referencia : Oficio **No.003339** Exp. **No. 00865** de fecha 12-11-2018

En atención a su comunicación de referencia, en la que nos solicita realizar el correspondiente estudio y remitir la opinión sobre el proyecto de ley indicado en el asunto. Después de analizar dicho proyecto tenemos a bien expresarle lo siguiente:

Contenido del proyecto de ley:

PRIMERO: Se trata de un proyecto de ley que tiene como finalidad prohibir el uso de la Hookah en lugares público y privados.

SEGUNDO: Este proyecto proviene de la Cámara de Diputados.

Facultad Legislativa Congressional:

La facultad legislativa congressional para legislar sobre esta materia está fundamentada en el Art. 93, numeral uno, literal q de la Constitución de la República que, enuncia lo siguiente: ***"Legislar acerca de toda materia que no sea de la competencia de otro Poder del Estado y que no sea contraria a la Constitución."***

Procedimiento de Aprobación:

Por su naturaleza, el presente proyecto de ley para los fines de su aprobación,



SENADO
REPÚBLICA DOMINICANA
Dirección Técnica de Revisión Legislativa
"Año del Fomento a las Exportaciones"

se rige por lo establecido en el artículo 113 de la Constitución de la República, que establece: *"Las Leyes ordinarias son aquellas que por su naturaleza requieren para su aprobación la mayoría absoluta de los votos de los presentes de cada cámara"*.

Desmante Legal

El proyecto de ley se fundamenta en las siguientes disposiciones legales:

Vista: La Constitución de la República;

Vista: La Ley No.136-03, del 7 de agosto de 2003, que crea el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes;

Vista: La Ley General de Salud No.42-01, del 8 de marzo de 2001;

Vista: La Ley No.50-88, del 30 de mayo de 1988, sobre Drogas y Sustancias Controladas de la República Dominicana;

Visto: El Reglamento de la Cámara de Diputados.

Legislación Comparada.

En el Líbano, el uso de la Hookah (*narguile*) está asociado a todo tipo de personas sin distinción: hombres, mujeres, niños y ancianos. Suele ser un objeto de uso familiar en el que todos los miembros se sientan juntos a hablar y fumar, también es muy común en las reuniones de amigos, acompañado de té o café. Según estudios, el 44,5% de los menores de 14 años del Líbano han probado el narguile (Hookah).

En Turquía es muy común el uso de Hookah, (*narguile*) es una tradición muy antigua, que con el paso del tiempo se estaba perdiendo, pero al principio de la década del 2000, con la aparición del tabaco aromático y de sabores, los jóvenes volvieron a interesarse en el uso de la misma. En el 2009 fue prohibido el fumar cigarrillo y hacer uso de la Hookah en todos los cafés, bares y restaurantes de Turquía. Las sanciones para los fumadores contumaces serán relativamente leves: 69 liras turcas (32 euros). Pero los hosteleros que no cumplan con las medidas de evitar el humo en sus locales se enfrentaran a multas de hasta 2.300 euros.

Estas medidas son parte de la lucha contra el humo que han iniciado varios países del continente Europeo tomando como base los informes de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Para dar cumplimiento a esta legislación el Ministerio de Sanidad turco ha formado a los 5.000 inspectores que supervisarán el cumplimiento de la



SENADO
REPÚBLICA DOMINICANA
Dirección Técnica de Revisión Legislativa
"Año del Fomento a las Exportaciones"

prohibición en todo el país. Incluso ha habilitado un número telefónico de emergencia para que los ciudadanos denuncien a los infractores.

Análisis de Contenido

1.- Este proyecto de ley tiene como finalidad prohibir el uso del artefacto llamado hookah, sobre él debemos explicar que el mismo es un dispositivo que se utiliza para fumar tabaco de distintos sabores, filtrado por agua, siendo esta de origen oriental, la que en los últimos años ha logrado esparcirse grandemente en América Latina. Es un instrumento utilizado para la socialización entre personas, quienes comparten el consumo de sabores, según su preferencia.

2.- La Hookah como instrumento, no está demostrado que cause daño a la salud, aunque su uso, a partir del compartir común el pitillo, puede ser un transmisor de enfermedades, asimismo, tal como ocurre con el consumo del cigarrillo, el humo puede causar algunos daños físicos. En sí mismo no es comparable con los cigarrillos de nicotina del tabaco, los que es que realmente perjudican la salud. Estudios realizados por la organización nacional de la salud ha demostrado que la cantidad de nicotina que emiten las pipas de agua es similar a la de los cigarrillos.

2.1- En función de esto podemos concluir que ambos métodos para fumar pueden crear dependencia. Al igual que los cigarros, el narguile contiene nicotina. En una sesión de narguile de una hora, los fumadores están expuestos a la misma cantidad de nicotina contenida en una cajetilla de cigarros. En ese entendido de que el tabaco es un producto lícito, en virtud que ninguna legislación prohíbe su consumo o distribución, sino más bien regula su uso, por lo que debemos observar estos elementos.

3.- Sobre el uso de los cigarrillos, el Estado dominicano abordó el tema mediante la ley 48-00, del 26 de julio del año 2000 y estableció que no se podía fumar en lugares públicos bajo techo, en vehículos de transporte público ni en aviones. Como puede observarse, el Estado definió con claridad los sitios en no se podía fumar, lo que indica que se puede realizar en cualquier otro sitio que sea abierto, aún en lugares comerciales, como centros de expendios de bebidas alcohólicas al aire libre o de otra forma.

3.1.- Hay que observar que en esta disposición el Estado respetó el derecho de las personas al consumo libre de sustancias no prohibidas por ley, en la medida del respeto por los derechos de los demás a no exponerse al humo emanado de los cigarrillos y el producto de la exhalación. Asimismo, ninguna legislación dominicana



SENADO
REPÚBLICA DOMINICANA
Dirección Técnica de Revisión Legislativa
"Año del Fomento a las Exportaciones"

a atacado el uso del cigarrillo electrónico como instrumento de consumo de tabaco o sus derivados, aunque la regulación de su uso es abarcado por la ley 48-00.

3.2.- A partir de lo señalado, bien puede el legislador modificar la ley 48-00 y agregar el uso de la hookah a sus contenidos

4.- Las justificaciones de esta iniciativa se sustentan en que el instrumento denominado hookah puede ser utilizado para el consumo de sustancias narcóticas prohibidas. Al respecto debemos señalar que se trata de una consideración basada en el prejuicio social, a partir de su uso común en actividades lúdicas de los jóvenes y la creencia de que puede ser utilizada al efecto. Sobre ello, debemos resaltar que el objeto en sí no debe ser la causa de la persecución del consumo, puesto que otros objetos también se utilizan, como son: jeringuillas, cucharas, encendedores, velas, papel u otros. Por igual, hay que hacer notar que el consumo de las sustancias no se penaliza.

4.1- Con la prohibición de la herramienta llamada Hookah, puede denotar acciones limitativas del Estado, que ataca cuestiones propias de la actividad social de la gente, basado en el criterio de lo puede hacerse con ella, no de lo que se hace con ella.

Análisis Legal

1. En relación a los "vistos" que integran el proyecto, las reglas de técnica legislativa establecen criterios definidos tendentes a facilitar la comunicación de la ley. Entre estos criterios se encuentra la forma de presentarlos, dichas reglas sugieren colocar el nombre de la disposición (ley, resolución o decreto), seguido del número dado identificativo de su inclusión en el sistema jurídico, la fecha cierta de su promulgación o aprobación y el nombre completo de la disposición de que se trata; un segundo criterio versa sobre la colocación de los mismos en orden jerárquico, en ese sentido, y basando en los criterios establecidos por la técnica legislativa, sugerimos presentar la siguiente redacción alterna de los vistos que conforman en el proyecto de ley objeto de este análisis:

Vista: La Constitución de la República;

Vista: La Ley No.50-88, del 30 de mayo de 1988, sobre Drogas y Sustancias Controladas de la República Dominicana;

Vista: La Ley No.42-01, del 8 de marzo de 2001; Ley General de Salud;



SENADO
REPÚBLICA DOMINICANA
Dirección Técnica de Revisión Legislativa
"Año del Fomento a las Exportaciones"

Vista: La Ley No.136-03, del 7 de agosto de 2003, que crea el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes;

Visto: El Reglamento de la Cámara de Diputados.

Análisis Constitucional

Del análisis constitucional de la iniciativa observamos lo siguiente:

1.- Al momento de abordar el tema relativo a la prohibición de uso, fabricación, importación y distribución del hookah, es necesario abordar lo relativo a la razonabilidad de la ley establecido en el artículo 40.15 de la Constitución, que reza: "La ley solo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que le perjudica". A partir de este principio es plausible considerar si realmente el instrumento de la hookah perjudica o no a la sociedad, lo cual ameritaría su prohibición definitiva y desaparición del territorio nacional. Para poder determinar la justicia y necesidad de la norma debemos acudir al test de razonabilidad, implementado por el tribunal constitucional en su sentencia TC/044/12, quien estableció que para realizar el test de razonabilidad de una ley es necesario lo siguiente: "1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. El análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve (...) El test leve se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto.

1.1.- Si aplicamos el test de razonabilidad queda claro que el fin buscado es evitar el uso de un instrumento para que no se utilice como un medio para el consumo de sustancias. Asimismo, en segundo lugar el medio empleado es la prohibición es un instrumento que en sí mismo es inofensivo, el que se utiliza para inhalar sustancias variables no prohibidas por las leyes, asimismo, el uso de un instrumento y de cualquier otro para tales fines se enmarca dentro de los derechos de la persona a su libre desarrollo y a adoptar las decisiones del uso de instrumentos que considere de lugar, sin que se le pueda prohibir, en la medida de que el mismo no dañe o afecte a terceros. Por igual, la relación entre el medio y el fin no justifican la norma, en la medida en que en si misma el uso de un instrumento como tal no necesariamente es un indicativo de que se consumirán sustancias controladas y a su vez violenta el derecho de la persona al uso de instrumentos que considere, en la medida en que no



SENADO
REPÚBLICA DOMINICANA
Dirección Técnica de Revisión Legislativa
"Año del Fomento a las Exportaciones"

afecte a terceros, incluyendo el propio consumo. Desde este punto de vista, dado que no está prohibido constitucionalmente el uso de objeto o instrumentos personales que en sí mismo no dañan a terceros y que solo pueden dañarlos se usan de forma desproporcionada, la aplicación del test de razonabilidad nos permite concluir que la ley no es necesaria y violenta el derecho fundamental a la libre determinación.

2.- Asimismo, queda claro que se busca prohibir el uso de un instrumento a partir de lo que puede ser utilizado. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-221 del año 1994, determinó que no se puede castigar por lo que posiblemente se hará, en este caso lo que se hará con el instrumento, sino con lo que efectivamente se hace. En efecto, no es posible atacar el uso de un instrumento y con él su importación y comercialización, sino atacar la venta de los estupefacientes, lo cual no tiene nada que ver con el uso del instrumento. Asimismo, el uso del instrumento se enmarca en los derechos a la libre determinación de la persona, la cual se transgrede en este proyecto de ley, pues como estableció la corte " [...] así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamente sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica. Sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles". Por tanto, esta ley deviene en inconstitucional, en la medida en que no es razonable, y limita el libre desarrollo de la personalidad y de los derechos de uso de instrumentos de uso que en sí mismo no dañan a terceros, sino en la medida de que su uso sea desproporcionado.

3.- La hookah es un instrumento utilizado por las personas para compartir en momentos determinados. Tal como señalamos, en el Líbano se utiliza para prohiar la comunidad familiar, lo que se repite en varios países de oriente, lo que la convierte en un objeto de naturaleza cultural, propia de las comunidades de origen árabe, con extensión de uso en otras naciones, la que, también, las personas originarias de esos países continúan con su uso y práctica.

3.1.- Como instrumento de uso común en las comunidades árabes, la hookah también se erige en parte esencial de su cultura social, bienes protegidos por la Constitución dominicana. Sobre ello establece el artículo 64: "**Artículo 64.- Derecho a la cultura.** Toda persona tiene derecho a participar y actuar con libertad y sin censura en la vida cultural de la Nación, al pleno acceso y disfrute de los bienes y servicios culturales, de los avances científicos y de la producción artística y literaria. El Estado protegerá los intereses morales y materiales sobre las obras de autores e inventores.



SENADO
REPÚBLICA DOMINICANA
Dirección Técnica de Revisión Legislativa
"Año del Fomento a las Exportaciones"

3.2.- En aras de proteger e impulsar las expresiones culturales, los numerales 1, 2 y 3 consagran la obligación estatal para consolidar la libertad cultural. Señalan como obligaciones del Estado:

- 1) Establecerá políticas que promuevan y estimulen, en los ámbitos nacionales e internacionales, las diversas manifestaciones y expresiones científicas, artísticas y populares de la cultura dominicana e incentivará y apoyará los esfuerzos de personas, instituciones y comunidades que desarrollen o financien planes y actividades culturales;
- 2) Garantizará la libertad de expresión y la creación cultural, así como el acceso a la cultura en igualdad de oportunidades y promoverá la diversidad cultural, la cooperación y el intercambio entre naciones;
- 3) Reconocerá el valor de la identidad cultural, individual y colectiva, su importancia para el desarrollo integral y sostenible, el crecimiento económico, la innovación y el bienestar humano, mediante el apoyo y difusión de la investigación científica y la producción cultural. Protegerá la dignidad e integridad de los trabajadores de la cultura;

3.3.- Por tanto, la prohibición total del uso de la hookah como instrumento de uso colectivo en lugares privados, así como su importación, fabricación y expendió afecta a los nacionales de los países cuya práctica es común como expresión cultural, comunidad que es numerosa y de varios años asentada en el territorio nacional. Es así que este proyecto de ley es contrario a la Constitución, en la medida en que limita la libertad de expresión cultural, el acceso a la cultura y su práctica, la diversidad cultural y el intercambio cultural transnacional. Asimismo, desconoce el valor de la identidad cultural individual y colectiva.

4.- Hay que observar que los derechos culturales se encuentran protegidos por convenciones internacionales al efecto. Al respecto, el Estado Dominicano, mediante la Resolución 701, del 14 de noviembre de 1977, adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual en sus artículos 3, 4 y 5 dispone:

Artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Artículo 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones



SENADO
REPÚBLICA DOMINICANA
Dirección Técnica de Revisión Legislativa
"Año del Fomento a las Exportaciones"

determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

4.1.- Como puede observarse, el Estado dominicano está llamado a proteger los derechos culturales, verificadas en las expresiones culturales y solo puede limitarlo por ley "[...] sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática", lo cual no se verifica en este proyecto, el cual no se trata en sí misma de una regulación, sino de la prohibición de un ejercicio de un derecho cultural, devenido del efecto de su aplicación.

5.- Debemos señalar lo relativo a la sanción, la cual es irracional, en tanto se trata de una cuestión administrativa. Así, lo relativo a las sanciones penales no son cónsonas con las infracciones cometidas. Sobre ello el Tribunal Constitucional estableció con claridad que la sanción debe ser proporcional a la infracción y en la especie no lo es. Sugerimos eliminar las sanciones penales de prisión y aumentar las sanciones de multas.

6.- Es necesario identificar con precisión las autoridades responsables, pues la dualidad crea un conflicto de competencias y en la especie la policía es auxiliar del ministerio público, no puede erigirse como un órgano ejecutor en igual de condiciones que el ministerio público.

Análisis de la Técnica Legislativa

Después de analizar el proyecto de ley en cuanto al aspecto de la técnica legislativa, **ENTENDEMOS** que el mismo cumple con todos los aspectos recomendados por esta,



SENADO
REPÚBLICA DOMINICANA
Dirección Técnica de Revisión Legislativa
"Año del Fomento a las Exportaciones"

ya que posee un nombre que lo identifica, considerandos que expresan la necesidad de la norma debidamente enumerados, artículos introductorios que expresan el objeto y ámbito de aplicación, articulados debidamente epigrafiados y que expresan un solo mandato, y las disposiciones finales.

En conclusiones, consideramos que el legislador debe prohibir el uso de hookah en lugares cerrados de uso público, pero no avocarse a una generalidad de prohibición de su uso en lugares públicos y privados, siguiendo la modalidad de prohibición de uso de los cigarrillos. Asimismo, consideramos irracional la prohibición de su importación y venta y fabricación. Es necesario así identificar los lugares donde no se podrá utilizar con precisión, dejando la libertad de uso a las personas que así lo deseen.

A partir de lo analizado, recomendamos la siguiente redacción alterna del artículo 3 en adelante:

Artículo 3.- Prohibición de uso. Se prohíbe el uso de la hookah en los siguientes lugares:

- 1) En lugares cerrados bajo techo, de uso colectivo públicos y privados;
- 2) En vehículos destinados al transporte de pasajeros;

Artículo 4.- Sanción a propietarios. Se sancionará con la pena de cinco a diez salarios mínimos del sector público, a los propietarios de lugares públicos y privados que permitan o toleren el uso de hookah en sus establecimientos.

Artículo 5.- Sanción por uso. Se sancionará con la pena de cinco a quince salarios mínimos del sector público, a toda persona que utilice la hookah en los lugares establecidos en el artículo 3.

Artículo 6.- Incautación. La violación a las disposiciones de la presente ley dará lugar a la incautación e inmediata destrucción de la hookah en todos sus componentes.

Artículo 7.- Autoridades responsables. La Procuraduría General de la República será responsable de la ejecución y fiel cumplimiento de la presente ley.



SENADO
REPÚBLICA DOMINICANA
Dirección Técnica de Revisión Legislativa
"Año del Fomento a las Exportaciones"

Después de lo analizado y expresado los aspectos constitucionales, legales y de la técnica legislativa, **SOMOS DE OPINION**, que la comisión encargada del conocimiento del proyecto, se aboque a su estudio, pondere los elementos constitucionales y legales a que se contrae.

Atentamente,

Welnel D. Feliz.
Director

WF