

Análisis jurídico del convenio entre la SSA y la industria tabacalera. Estudio de caso

Alejandro Madrazo-Lajous, Dr. en Der.⁽¹⁾ José Luis Zambrano-Porras, Lic en Der.⁽²⁾

Madrazo-Lajous A, Zambrano-Porras JL.
Análisis jurídico del convenio entre la SSA
y la industria tabacalera. Estudio de caso.
Salud Publica Mex 2007;49 supl 2:S290-S301.

Resumen

Tras la ratificación del Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS, de junio de 2004 a diciembre de 2006, la regulación del tabaco por el gobierno mexicano estuvo determinada por un convenio suscrito entre las autoridades federales del sector salud y las principales tabacaleras de México (al que en este análisis se le llamará Convenio). Este Convenio fijó la regulación federal del control al tabaquismo bajo un esquema en el que su modificación requería la anuencia de las tabacaleras. Asimismo, estableció una aportación monetaria de las tabacaleras a favor del gobierno, determinada directamente en función del volumen de ventas de tabaco en el país. A fin de contribuir a la cabal comprensión de las implicaciones del Convenio, este estudio procura deslindar con toda claridad sus implicaciones desde una perspectiva estrictamente jurídica. Por una parte se identifican los problemas de regularidad jurídica del Convenio a la luz de la normatividad aplicable y, por la otra, se identifican aquellos elementos materiales y formales del Convenio que efectivamente se ajustan a la misma. El texto se divide en cuatro apartados: i) el primero expone claramente los términos del Convenio; ii) el segundo identifica los elementos que resultan contrarios al derecho nacional e internacional; iii) el tercero, identifica los elementos que resultan acordes al derecho nacional e internacional y, finalmente; iv) el cuarto plantea conclusiones del análisis realizado.

Palabras clave: tabaco; control; regulación del tabaco

Madrazo-Lajous A, Zambrano-Porras JL.
Legal analysis of the agreement between the Ministry
of Health and the tobacco industry: a case study.
Salud Publica Mex 2007;49 suppl 2:S290-S301.

Abstract

In the aftermath of Mexico's ratification of the Framework Convention on Tobacco Control, from June 2004 through December 2006, tobacco regulation by Mexico's government came to be shaped by an agreement between the health authorities and the leading tobacco companies in Mexico. This agreement set federal tobacco control regulation, subjecting it to the approval of tobacco companies themselves. In addition, it established a donation by tobacco companies to the health authorities to be directly determined by the volume of tobacco sales in the country. So as to contribute to the full understanding of this agreement, this article strives to clearly identify its implications from a strictly legal perspective. On one hand, this study identifies the irregularities of the agreement in light of the applicable law; on the other, it identifies those elements that actually do comply with applicable law. In consequence, the text is divided in four sections: i) the first section explains the terms of the agreement itself, ii) the second section identifies those aspects of the agreement which are contrary to law, iii) the third section identifies those aspects of the agreement which are in accordance with law, and finally iv) presents the conclusions that follow from the preceding analysis.

Key words: tobacco; control; tobacco regulation

(1) Facultad de Derecho de la UNAM, México.

(2) Universidad Iberoamericana, México.

Fecha de recibido: 4 de abril de 2007 • Fecha de aprobado: 30 de abril de 2007

Solicitud de sobretiros: Dr. Alejandro Madrazo Lajous. Zambrano y Madrazo Abogados. Calderón de la Barca 67, Col. Polanco. I I 560 México DF, México.
Correo electrónico: madrazo@zambranoymadrazo.com

El 18 de junio de 2004 la Secretaría de Salud (SSA), por conducto del Consejo Nacional Contra las Adicciones (Conadic) y de la Comisión Federal para la Protección Contra Riesgos Sanitarios (Cofepris), suscribió un convenio con las principales tabacaleras que operan en México: British American Tobacco México (BATM) y Philip Morris México (PMM).^{*} Dicho convenio es el objeto de este estudio de caso. Aunque no está vigente hoy en día, constituyó la pieza central de la regulación del tabaco y de las políticas públicas del gobierno federal hacia el tabaquismo durante la mayor parte del sexenio pasado. El Convenio suscrito por el Ejecutivo Federal puede ilustrar el grado en que incide la falta de supervisión adecuada de las acciones gubernamentales en la implementación de las políticas públicas.

Los objetivos fundamentales del trabajo son dos. Por una parte, se busca identificar los problemas de regularidad jurídica del Convenio a la luz de la normatividad aplicable y, por la otra, se procura identificar aquellos elementos materiales y formales del Convenio que efectivamente se ajustan a la normatividad aplicable. El siguiente es un análisis jurídico que versa sobre las regularidades e irregularidades del citado Convenio dentro del orden normativo del país. No se trata aquí de analizar el Convenio desde la perspectiva de las políticas públicas. En ese sentido, el presente trabajo es muy limitado.

El trabajo se divide en cuatro secciones. En la primera sección (I. El Convenio), se describen los términos del Convenio; la segunda sección (II. Irregularidades del Convenio) aborda problemas jurídicos en torno al Convenio a la luz de los diversos ordenamientos aplicables; la tercera sección (III. Elementos del Convenio acordes al orden jurídico aplicable) aborda los elementos materiales y formales del Convenio que se ajustan a la normatividad jurídica aplicable. La cuarta sección contiene las Conclusiones (IV.).

I. El Convenio

Para comprender más fácilmente el Convenio, sus disposiciones pueden ser agrupadas en cinco grandes rubros:

^{*} En conjunto el BATM y PMM, así como cualquier otro eventual firmante serán denominados colectivamente como “las tabacaleras”. El nombre completo del documento suscrito es el de “Convenio para ampliar la regulación y normatividad relativas al tabaco, y el ‘Convenio para establecer restricciones adicionales a la regulación y legislación vigente para la publicidad, comercialización y leyendas de advertencia de productos de tabaco’ y que establece el mecanismo, características, temporalidad y destino de la aportación temporal que cubrirán al fondo de protección contra gastos catastróficos los productores y comercializadores”.

los objetos del convenio, la regulación de la publicidad y promoción en materia de tabaco, la aportación al Fondo de Gastos Catastróficos del Seguro Popular, el compromiso del gobierno federal de proteger un mercado tabacalero que cumpla con el marco regulatorio y, por último, otras disposiciones.

A. Objetos del convenio

Los fines explícitos del convenio se establecen en su cláusula segunda, y son los siguientes: i) “ampliar la regulación y normatividad relativos a productos de tabaco”; ii) adicionar un convenio previamente suscrito por las partes (en 2002) en el que se establecieron “restricciones adicionales a la regulación y legislación vigente para la publicidad, comercialización y leyendas de advertencia de productos de tabaco”; y iii) establecer aportaciones monetarias temporales de las empresas tabacaleras firmantes al Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos del Seguro Popular. En principio, estos tres fines –objetos– del Convenio informan los términos del mismo y deben orientar su aplicación.

Cabe señalar que se plantea, como fin explícito de un acuerdo entre regulador (SSA) y regulado (tabacaleras), la regulación del segundo. Es decir, se declara establecer, dentro del convenio, una relación de supra-subordinación entre regulador y regulado, en favor de lo que pareciera una correlación entre partes iguales que voluntariamente suscriben un convenio.

B. Publicidad y comercialización

El grueso del Convenio –las cláusulas tercera a décimo-segunda– consiste en el establecimiento de restricciones a la publicidad y comercialización del tabaco. En primer lugar, el Convenio regula los distintos tipos de leyendas y advertencias que deben de contener los empaques. En la cláusula tercera se requiere a las tabacaleras colocar “insertos” (un papel incluido al interior de la cajetilla) o “sertos exteriores” (un papel expuesto en el exterior de la cajetilla),^{*} según prefieran las propias tabacaleras, en 25% de su producción anual. Los insertos deben de ser de entre 38 x 63 milímetros y 50 x 76 milímetros, escritos en letra tipo Arial entre 6 puntos (letra Arial de seis puntos) y 8 puntos (letra Arial de ocho puntos). Se acuerda que una cara del inserto debe contener recomendaciones para dejar de fumar, determinadas por la SSA, y en la otra se permite que las tabacaleras incluyan

^{*} En adelante se utilizará el término “insertos” para referirse a los sertos exteriores y a los insertos indistintamente.

mensajes al consumidor que no contradigan el mensaje de la SSA y no constituyan publicidad.

En la cláusula cuarta se estipula que la leyenda de advertencia incluida en la cara trasera de la cajetilla se aumente a 40% de la superficie a partir de junio de 2004 y a 50% a partir de junio de 2005. Las leyendas deben estar escritas en el tipo de letra Helvética, mayúscula de 12 puntos (LETRA HELVÉTICA MAYÚSCULA DE 12 PUNTOS), y estar rodeadas de un borde de entre 0.5 y 1mm. Explícitamente se aclara que esta cláusula no implica aceptación alguna por parte de las tabacaleras de la inserción de imágenes, ilustraciones o colores en las leyendas de advertencia.

La cláusula quinta requiere que cualquier indicación o descripción sobre el producto en su empaque solo podrá referirse al sabor del producto, la fuerza de su sabor, o su aroma. A "fin de asegurar que no se induzca al error al consumidor respecto de estos términos" se requiere sustituir la leyenda de advertencia plasmada en una de las caras laterales del empaque por la siguiente: "Actualmente no existe un cigarro que reduzca los riesgos a la salud".

En segundo lugar, el Convenio regula la información que la tabacaleras deben aportar al consumidor. En la cláusula sexta se fija un plazo de 180 días para que las tabacaleras entreguen a la SSA y hagan pública, a través de sus portales de internet, la información sobre los ingredientes y componentes de sus productos clasificados oficialmente como perjudiciales a la salud. Al respecto resulta importante señalar, que el Convenio acepta explícitamente que las tabacaleras se reserven la información confidencial y los secretos industriales. No habiendo más disposición al respecto, se entiende que son las propias tabacaleras quienes determinan qué es información confidencial y qué es un secreto industrial.

En tercer lugar, se regulan los anuncios espectaculares. La cláusula séptima establece, a petición de la SSA, que las empresas tabacaleras deben informar sobre la ubicación de sus anuncios exteriores, y que el límite superior del tamaño de dichos anuncios es de 35 m².

En cuarto lugar, la cláusula décima establece un compromiso por parte de las empresas tabacaleras de no realizar, apoyar o financiar publicidad transfronteriza que no cumpla con la normatividad nacional.

Por último, las compañías tabacaleras se comprometen a proteger a los menores de edad. Para ello, se comprometen a no realizar, apoyar o financiar la fabricación y comercialización de dulces y otros productos dirigidos a menores de edad que promuevan el consumo de tabaco (cláusula décimoprimer). Asimismo, se comprometen a llevar acciones judiciales o extrajudiciales contra fabricantes y comercializadores

de dichos productos, cuando éstos involucren marcas pertenecientes a las tabacaleras. Finalmente, la cláusula décimosegunda obliga a las tabacaleras a no vender sus productos mediante máquinas expendedoras a las que los menores de edad tengan acceso.

C. Aportación al Fondo de Gastos Catastróficos ("un peso por cajetilla")

El compromiso medular del Convenio lo constituye la aportación de las tabacaleras al Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos (FPGC) de la SSA, mejor conocido como "un peso por cajetilla". La cláusula décimocuarta establece esta aportación temporal que las tabacaleras se comprometen a realizar a favor del FPGC. La aportación se establece "en reconocimiento de los gastos que conlleva la consecución de los objetivos de este convenio". La característica definitoria de esta aportación es que el monto específico se determina con base en el volumen de ventas de cigarrillos en el país. Además, el Convenio establece que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público creará un régimen fiscal y financiero específico para dichas aportaciones.

Ahora bien, el Convenio establece dos condiciones suspensivas* para la aportación temporal. En primer lugar, se exige la emisión de un decreto del Ejecutivo estableciendo el mecanismo para realizar el pago de la aportación; la forma de cálculo del monto, su traslado y facturación; su exención de IEPS e IVA; su forma y tiempo de pago; y finalmente, su deducibilidad de impuestos. En segundo lugar, se exige la constitución de un fideicomiso para administrar el Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos, al cual se realiza el pago.

Resulta importante señalar que la aportación establecida en el Convenio definió el pago de "un peso por cajetilla" sólo para los tres últimos meses de su vigencia. La mayor parte del tiempo (de casi dos años y medio), el monto es menor.†

* Las condiciones suspensivas son los supuestos que deben satisfacerse para que un contrato o una cláusula comience a surtir efectos. En este caso, son condiciones que se deben cumplir para que comiencen las aportaciones temporales a la SSA.

† Del 1° de agosto de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2005, la aportación consiste en 2.5 centavos por cigarro vendido (equivalente a 50 centavos por cajetilla de 20 cigarros); del 1° de enero de 2006 al 30 de septiembre de 2006, la aportación consiste en 3.5 centavos por cigarro vendido (equivalente a 70 centavos por cajetilla de 20 cigarros); del 1° de octubre de 2006 al 31 de diciembre de 2006, la aportación consiste en 5 centavos por cigarro vendido (equivalente a 1 peso por cajetilla de 20 cigarros). A partir del 1° de enero de 2007 cesan las aportaciones según el propio Convenio.

Adicionalmente a las condiciones suspensivas establecidas por el Convenio, existen dos condiciones resolutorias que afectan las aportaciones.* En primer lugar, se establece que la aportación al Fondo de Gastos Catastróficos se suspende con la derogación o suspensión del decreto del Ejecutivo establecido como condición suspensiva (el cual incluye la deducibilidad de la aportación). En segundo lugar, constituye una condición resolutoria el establecimiento de cualquier contribución, aprovechamiento o cualquier gravamen fiscal adicional a los vigentes en el momento de la celebración del Convenio que afecte la carga tributaria de la producción, enajenación o importación de cigarros. En otras palabras: de establecerse cualesquiera nuevos impuestos al tabaco, la Secretaría de Salud dejaría de gozar de las aportaciones de las tabacaleras.

D. Protección de un mercado regulado del tabaco

El Convenio establece diversas obligaciones a cargo de la SSA con relación a la protección de un mercado tabacalero que cumpla con la normatividad vigente, incluyendo los términos del Convenio. La cláusula décimotercera establece la obligación de la SSA de coordinarse con las tabacaleras para influir en cualquier instancia gubernamental con facultades para conseguir los siguientes objetivos: i) Combatir la producción, importación y comercialización ilegal de productos de tabaco, de productos de tabaco cuya venta implique alguna irregularidad legal o fiscal, y de aquellos productos que no cumplan con la cláusula quinta del Convenio; ii) Prevenir la proliferación de productos de tabaco ilegales; iii) Conseguir que el Poder Legislativo establezca que la falsificación de productos del tabaco y venta de productos de tabaco falsificados "sean considerados como delincuencia organizada y delito grave, y se le dé el mismo tratamiento que las violaciones de propiedad intelectual".

Por su parte, la cláusula décimoquinta obliga a la Secretaría de Salud a procurar que toda empresa tabacalera que opere en el país, y supere el 3% del mercado nacional de cigarros, suscriba el Convenio. Precisa que, de presentarse el caso en que alguna empresa tabacalera alcance 3% del mercado nacional y se rehúse a firmar el Convenio, la Secretaría de Salud, en coordinación con las

tabacaleras firmantes, debe tomar medidas para revertir ese hecho combinado.

E. Otras disposiciones

Por último, existen diversas cláusulas del Convenio que no encuadran dentro de los rubros hasta ahora establecidos, pero que ilustran algunos puntos del presente análisis. Por ejemplo, la cláusula décimosexta establece un grupo de trabajo encargado de revisar el cumplimiento del Convenio trimestralmente. Por último, la cláusula décimoséptima establece la obligación, por parte de la SSA, de procurar que cualquier empresa tabacalera que opere en México cumpla con las condiciones del Convenio y que las disposiciones del Convenio queden incorporadas en ley o reglamento lo antes posible.

El Convenio cierra con la cláusula décimonovena, que establece que el Convenio tendrá una vigencia indefinida o hasta que todas sus disposiciones queden incorporadas a la legislación o reglamentación vigente. Es decir, las obligaciones que establece, en principio, subsisten indefinidamente, a pesar de que la aportación temporal arriba descrita cesara en diciembre del año 2006, conforme a lo establecido en el propio Convenio.

II. Irregularidades del Convenio

En esta sección se enuncian y sintetizan los aspectos del Convenio que representan alguna irregularidad frente a la normatividad aplicable. Esto es, cualquier parte o disposición del Convenio que no se ajuste cabalmente al orden normativo, o bien que represente una violación del mismo. La sección está organizada en subsecciones, correspondientes a cada uno de los ordenamientos aplicables al caso. El orden que se sigue corresponde al orden jerárquico de los distintos ordenamientos que se analizan.

El Convenio contraviene las siguientes disposiciones de nuestro orden normativo:

A. Irregularidades constitucionales

Las violaciones constitucionales del Convenio identificadas en el análisis realizado involucran diversos artículos. Éstas se pueden clasificar en dos grandes rubros: a) violaciones que afectan a los derechos fundamentales específicos que la Constitución otorga a los ciudadanos y b) violaciones que involucran las atribuciones que se otorgan a los diversos órganos constitucionales. Este último tipo de violaciones son aquellas en las que el Ejecutivo, al suscribir el Convenio, o se excedió en sus facultades constitucionales o bien invadió las facultades constitucionales de algún otro órgano.

* Las condiciones resolutorias son aquellos supuestos con los cuales, cumpliéndose, un contrato o una cláusula dejan de surtir efectos. En el caso concreto son aquellos supuestos que, de actualizarse, implicarían que las aportaciones temporales de las tabacaleras a la SSA cesarían.

Cuadro I
ORDENAMIENTOS Y DISPOSICIONES ESPECÍFICAS INCUMPLIDAS POR EL CONVENIO

Ordenamiento	Disposiciones específicas
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Artículos 4; 6; 28; 73 fracciones VII, XVI y XXIX; y 89 fracción I.
Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Combate al Tabaco	Preámbulo; artículos 5, apartado 3; 6; 10; 11; y 13, párrafo 2.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Artículos 2 y 12.
Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos	Artículos 1 y 10.
Ley Federal de Protección al Consumidor	Artículos 32; 41; y 45.
Ley General de Salud	Artículo 276.
Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad	Artículos 6 y 7.
Reglamento Sobre el Consumo de Tabaco	Artículo 3.

Violaciones a derechos fundamentales

i) *Derecho a la salud*. El artículo 4º constitucional establece que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.” El texto constitucional establece así una *obligación positiva* por parte del Estado: todas las personas tenemos derecho a la protección de la salud; esto es, a que nuestra salud sea protegida por el Estado. Además, la palabra “protección” implica que la obligación del Estado es preventiva, y no sólo la de dar tratamiento cuando surja un problema de salud. Por supuesto, el texto constitucional implica, por mayoría de razón, que el Estado tiene la obligación de abstenerse de perjudicar la salud de las personas.

Así, para hacer efectivo el derecho constitucional a la salud, en México se requiere que el gobierno lleve a cabo acciones que efectivamente protejan la salud de las personas. La pregunta que sigue es ¿cómo definir cuáles acciones son las que el gobierno debe llevar a cabo? La respuesta es fundamentalmente una cuestión de políticas públicas.* En consecuencia, son el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, cada uno dentro de su ámbito de competencia, quienes tienen facultad para definirlo. Sin embargo, dichas definiciones no son totalmente arbitrarias o potestativas, sino que deben cumplir, al menos, dos estándares:

1. En primer lugar se debe satisfacer el propio estándar constitucional: las políticas públicas adoptadas deben de procurar la protección de la salud de los mexicanos de forma efectiva.

* Como mínimo, el derecho a la protección de la salud no exige de la erogación de recursos por parte del Estado, pero sí de la adecuada regulación de la industria tabacalera.

2. Las políticas públicas que se adopten para proteger la salud de los mexicanos deben de cumplir, también, con los propios estándares suscritos o fijados por el Estado.

El primer supuesto que acota la discrecionalidad de quienes definen las políticas públicas es un tema complejo que requiere deslindar con claridad si efectivamente el Convenio protegía la salud de las persona, creaba un ambiente propenso para su protección, la perjudicaba, o creaba un contexto propenso a perjudicarla.

En el caso concreto, la gravedad de la epidemia del tabaquismo (reconocida por el propio Ejecutivo)* está fuera de duda. Por ello, las políticas públicas que adopte el Estado deben encaminarse a reducir el consumo del tabaco. En este contexto, la aportación temporal establecida en la cláusula décimocuarta del Convenio, al hacer del regulador (la SSA) un beneficiario directo de las ventas del tabaco, pudo comprometer su carácter de regulador, al generar incentivos económicos directamente proporcionales al aumento en el consumo del tabaco, en un contexto de vulnerabilidad de la población ante la epidemia del tabaquismo. Así, el Convenio ponía al Ejecutivo Federal en una situación que dificultaba el cumplimiento de su obligación constitucional de

* El presidente Vicente Fox reconocía en 2002 lo grave de la epidemia de tabaquismo en México: 13 millones de fumadores activos y 17 millones de fumadores pasivos; 30% de la población nacional en riesgo; la SSA atribuía 50 mil muertes cada año a enfermedades derivadas del tabaquismo y reconocía que el riesgo de sufrir un infarto se reduce 300% al dejar de fumar y el riesgo de desarrollar enfermedades cardiovasculares se reduce en un 200%. “Acuerdan SSA e industrias tabacaleras reducir 9% el consumo de cigarros”, *La Jornada*, 25 de junio de 2002; “En vigor a partir de mañana, nuevas medidas para reducir tabaquismo”, *La Jornada*, 31 de diciembre de 2002.

proteger la salud de las personas, por lo que se concluye que dicho convenio no se ajusta a la normatividad constitucional.

Respecto del segundo supuesto –esto es, que las políticas públicas encaminadas a proteger la salud deben de cumplir, al menos, con los estándares adoptados por el propio Estado–, se concluye que las políticas establecidas en el Convenio incumplían con la obligación constitucional de proteger la salud pues, como se detallará en el apartado correspondiente a la normatividad internacional aplicable, no satisface los estándares adoptados por el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Combate al Tabaco (en adelante, CMCT), el cual fue firmado por el Ejecutivo y aprobado por el Senado. Al suscribir el CMCT, el propio Ejecutivo Federal adoptó los estándares, medidas, y políticas allí plasmados para proteger la salud de la población. En la medida en que el Convenio incumplía o impedía que se cumplieran cabalmente varias disposiciones del CMCT, el Convenio violaba la obligación de proteger la salud plasmada en el artículo 4º constitucional. (Ver apartados II. B. i) a vii)

ii) *Derecho a un medio ambiente sano.* El artículo 4º constitucional también establece, en su párrafo cuarto, que “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”. El Convenio era problemático a la luz este derecho constitucional en forma indirecta. Los no fumadores ven afectado su medio ambiente cuando quedan expuestos al humo del tabaco (fumadores secundarios). Si no se toman medidas específicas para disminuir la exposición de no fumadores al humo de los fumadores, el solo aumento en el consumo del tabaco se presume que redundará en una disminución en la calidad del ambiente de los no fumadores. Cuando la SSA se constituye en un beneficiario directo de las ventas del tabaco (cláusula décimocuarta), ve comprometido su papel de regulador que debe buscar la disminución en el consumo de dicha sustancia. Al generar obstáculos a la SSA para que ésta procurara la disminución en el consumo del tabaco, el Convenio obstaculizaba el papel del Estado como garante de un medio ambiente sano para los fumadores secundarios.

iii) *Derecho a la información.* La Constitución establece, en su artículo 6º, que “el derecho a la información será garantizado por el Estado.” De nuevo, en éste artículo la Constitución establece una obligación positiva a cargo del Estado. Este derecho ha sido interpretado en los últimos años de forma particularmente robusta. La Suprema Corte ha establecido que el derecho a la información implica la obligación del Estado de garantizar que las “entidades de cualquier índole” permitan a “todo individuo” conocer la información que “tenga carácter público y sea de interés general”, requiriendo

que la información a consumidores “sea veraz y no induzca al error”.¹ Asimismo, la Suprema Corte ha interpretado el Artículo 6º de tal forma que requiere se informe al consumidor sobre los beneficios y riesgos de consumir un producto.²

Como se detalla adelante, el Convenio viola el derecho constitucional a la información, ya que algunas cláusulas constituyen omisiones del Estado para garantizar el derecho a la información, mientras otras constituyen obstáculos para que las personas sean cabalmente informadas en temas de carácter público e interés general. Asimismo, el Convenio sanciona el que las tabacaleras transmitan información a los consumidores que no resulta veraz y que está encaminada a inducir al error a los consumidores, incumpliendo así el mandato constitucional de garantizar el derecho constitucional a la información.

A continuación se analizan las cláusulas del Convenio que se consideran violatorias del derecho a la información:

1. La cláusula sexta permite que las tabacaleras se reserven información que, a juicio de las propias compañías, sea considerada como secreto industrial o información confidencial, con lo que priva al público de información que, por afectar la salud pública, debería considerarse de interés general. El que el Estado deje a juicio de las tabacaleras qué información será reservada, constituye una omisión en su obligación de garantizar el derecho a la información. Una alternativa, a nuestro parecer insuficiente, sería la de exigir a las tabacaleras toda la información sobre los ingredientes utilizados en la elaboración de sus productos. Una vez contando con la información completa, debería ser el propio Estado quien decida qué información es de interés general y cuál otra constituye secreto industrial o bien resulta confidencial.
2. La cláusula quinta del convenio viola el requisito de que la información sea veraz y no induzca al error al adoptar la leyenda: “Actualmente no existe un cigarro que reduzca los riesgos a la salud”, cuya veracidad incompleta puede provocar en el consumidor la falsa percepción de que es posible que exista un cigarro que reduzca los riesgos a la salud y omite transmitir el mensaje de que todos los cigarrillos dañan a la salud.
3. Al contrastar las medidas restrictivas a la publicidad pactadas en el Convenio con los estándares exigidos por el CMCT, vemos que el Convenio fija la regulación de publicidad y promoción en los mínimos requeridos por aquél. Así, mediante el Convenio se están obstaculizando las políticas

que, conforme a un tratado internacional, el Estado mexicano está obligado a maximizar a fin de limitar la desinformación que genera la publicidad y lograr que los consumidores estén plenamente informados de las consecuencias del consumo de tabaco. (Ver apartados II. B. iv), v) y vii) sobre las irregularidades del Convenio a la luz del CMCT).

4. La cláusula tercera del Convenio, en conjunción con su Anexo Uno, establecen la forma en que la propia SSA informa al consumidor sobre los daños y riesgos de fumar y lo orienta hacia tratamientos para dejar de hacerlo, a través de insertos. Las particularidades que en el Convenio se establecen resultan insuficientes para cumplir con la obligación constitucional de garantizar el derecho a la información: la medida de los insertos "oscilará entre 38 x 63 mm y 50 x 76 mm", su texto se imprimirá en letra Arial entre 6 y 8 puntos (letra Arial de 6 puntos; letra Arial de 8 puntos) y son incluidas en apenas una cuarta parte (25%) de las cajetillas producidas. Las advertencias "HAY BUENAS RAZONES PARA DEJAR DE FUMAR" y "CONVIENE DEJAR DE FUMAR", que fija el Anexo Uno, difícilmente transmiten el mensaje de que el tabaquismo constituya un riesgo grave para la salud.

iv) *Prohibición de monopolios, prácticas monopólicas, privilegios fiscales y concentraciones indebidas.* La Constitución, en su artículo 28, prohíbe los monopolios, las prácticas monopólicas y las exenciones de impuestos como privilegio. Establece también la obligación de las autoridades de perseguir "con eficacia" la concentración y el acaparamiento de bienes de consumo necesario con el fin de alzar los precios, así como los acuerdos entre industriales para evitar la libre concurrencia al mercado o la libre competencia entre sí. Por último, prohíbe "todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida" a favor de personas o grupos determinados en perjuicio de la población general.*

* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los dos primeros párrafos del artículo 28 establecen lo siguiente: "Artículo 28.- En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. "En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, (...) todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre si y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social. (...) "

1. La cláusula décimocuarta establece como condición suspensiva de la aportación temporal, el que dicha aportación sea deducible de impuestos. Siendo que las aportaciones al Fondo Catastrófico que realizan las tabacaleras consiste en un pago que se transfiere íntegro al consumidor,* el efecto real de la deducibilidad es el de una exención a los impuestos regulares de las tabacaleras. En otras palabras: los consumidores pagaban una aportación que después las tabacaleras deducían de sus propios impuestos. Así, el Convenio obligaba al Estado a crear un privilegio fiscal que favorecía no a un ramo industrial, sino a dos compañías específicas (BATM y PMM), violando así la prohibición del artículo 28 a las exenciones de impuestos.
2. La cláusula décimoquinta establece la obligación a cargo de la SSA de "corregir", en coordinación con las tabacaleras firmantes, el hecho de que un competidor diverso de las tabacaleras firmantes incurra, al mismo tiempo, en dos suposiciones: por un lado, logre obtener más de 3% del mercado mexicano y, por el otro, se niegue a firmar el Convenio existente. Con ello, la SSA incumple con el mandato constitucional que exige a la autoridad perseguir las concentraciones indebidas de bienes de consumo necesario. La SSA no sólo incumple con el mandato de impedir las ventajas indebidas a favor de personas determinadas. Al comprometerse a proteger a las tabacaleras firmantes de incursiones significativas por parte de sus competidores en el mercado, la SSA participa en crear una ventaja exclusiva indebida a favor de las mismas.

Violaciones a las atribuciones constitucionales de los órganos del estado

v) *Invasión a las facultades impositivas del Congreso.* La Constitución, en su artículo 73, fracción VII, establece como facultad del Congreso de la Unión el "imponer las contribuciones necesarias a cubrir el Presupuesto". Asimismo, el artículo 73 en su fracción XXIX faculta al Congreso a establecer contribuciones a la producción y consumo de tabacos labrados. Estas facultades del Legislativo se veían violadas por el Convenio de la siguiente manera:

1. La cláusula décimocuarta, al establecer una aportación temporal que, por virtud de la cláusula décimoquinta, adquiere el carácter de obligatoria

* Así lo establece la Declaración VI del Convenio.

para todo aquel que quiera participar en el mercado de tabaco, usurpa las facultades impositivas del Congreso. La aportación constituye, materialmente, una contribución para los gastos del Estado, establecida por el Ejecutivo en detrimento del Legislativo federal y los legislativos locales, pues a través de dichas cláusulas, el Ejecutivo lograba, de hecho, obtener recursos para la Secretaría de Salud sin someterlos al control, discreción y fiscalización del Legislativo.*

2. En segundo lugar, la cláusula décimocuarta, al establecer la condición resolutive que sujeta el pago de la aportación temporal a que ningún nuevo impuesto al tabaco sea establecido, obstruía indebidamente el normal ejercicio de los poderes constitucionales de los distintos poderes legislativos. El Ejecutivo no puede, legalmente, impedir que los poderes legislativos impongan gravámenes, mucho menos puede comprometer el poder constitucional de los mismos para hacerlo. Pero considerando el contexto en el que se celebró el Convenio y los efectos concretos que dicho Convenio tenía sobre la capacidad impositiva del Estado, se concluye que dicha condición resolutive constituye una invasión de esferas de los legislativos.†

vi) *Invasión de la facultad legislativa del Congreso.* El artículo 73, fracción XVI faculta al Congreso Federal para legislar en materia de salubridad general. Por su parte, la cláusula décimoséptima del Convenio compromete a la Secretaría de Salud a procurar la incorporación de la regulación en él contenida a la legislación en la materia, sin dejar claro que la facultad para legislar en la materia corresponde al Congreso y no al Ejecutivo.

* El objetivo de establecer la aportación temporal en lugar de un impuesto ha sido explícitamente reconocido por el entonces Secretario de Salud, Julio Frenk: "Porque si lo llamamos impuesto no lo podemos usar para este fin, ese es el punto. Es cierto, esa fue la forma en que jurídicamente se pudo resolver; insisto: nos podemos fijar en el formalismo de cómo se le llama, pero es un cuasi impuesto en el sentido de que se estipuló, quedó claro que cualquier otra empresa que entre a México tiene que hacer la misma aportación, entonces es una aportación obligatoria; ¿a cambio de qué? ¿a cambio de que no le cobremos otros impuestos?, pues sí porque si no esos impuestos se van al fondo general. Éste es un impuesto dedicado, una aportación dedicada, para eso se le ha tenido que llamar donativo en el decreto." "Inventan término 'cuasi-impuesto' al tabaco", Reforma, 31 de mayo de 2005 consultado en <http://mexicolibretabaco.blogspot.com/> última revisión 30 de marzo de 2006.

† Formalmente la SSA no puede impedir que el Legislativo aumente impuestos. Sin embargo, la posición de la SSA como experta en la materia resulta desproporcionadamente influyente en las decisiones del Congreso.

vii) *Enajenación de la facultad y obligación reglamentaria del Ejecutivo.* La cláusula segunda establece como objeto del Convenio: "ampliar la regulación y normatividad relativos a cigarros y otros productos de tabaco". Asumiendo que la regulación y normatividad a que se refiere dicha cláusula es aquella que queda dentro del ámbito de competencia del Poder Ejecutivo, y que por lo tanto no implica una invasión de esferas de competencia del Legislativo, resulta inconstitucional de cualquier modo que el Ejecutivo condicione su facultad y obligación constitucional a los términos acordados en un convenio con entes privados. En efecto, las cláusulas tercera a séptima, décimoprimera y décimosegunda regulan la publicidad y comercialización de cigarros y otros productos de tabaco, y la cláusula décimonovena establece la vigencia indefinida de dicha regulación y condiciona su modificación al acuerdo entre las partes.

El artículo 89 constitucional establece, en su fracción I, que es facultad y obligación del Presidente "ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, *proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia*." Comúnmente conocida como "facultad reglamentaria", esta obligación constitucional establece que es el Ejecutivo quien reglamentará la forma en que será aplicada la legislación emitida por el Congreso. Constituye así una facultad constitucional exclusiva del Ejecutivo. En virtud del Convenio, la facultad reglamentaria del Ejecutivo queda enajenada y sometida al acuerdo de voluntades de las partes del propio Convenio, contraviendo así la obligación y facultad constitucional de la reglamentación que el Ejecutivo debe hacer de las leyes del Congreso.

viii) *Violación de un tratado internacional.* El artículo 133 constitucional establece como "Ley Suprema de la Unión" a la Constitución, las leyes del Congreso y los "Tratados celebrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado". Así, el CMCT queda incorporado a la legislación nacional,³ independientemente de las obligaciones que a nivel internacional genera. Por ello, al transgredir el CMCT y otros instrumentos internacionales (como se describe en el apartado II. B.), el Convenio viola también la jerarquía normativa establecida por la Constitución.

B. Irregularidades en relación con tratados internacionales

Las violaciones a tratados internacionales en que incurría el Convenio involucran diversos instrumentos. En primer lugar, el Convenio violaba el CMCT en diversas disposiciones, algunas de ellas transgrediendo el texto mismo del CMCT y otras transgrediendo el espíritu del mismo. En segundo lugar, el Convenio violaba

instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en lo relativo a los derechos a la salud y a un medio ambiente sano.

Resulta importante aclarar que dichos instrumentos internacionales forman parte del orden jurídico nacional, como a continuación se explica: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 133, establece que los tratados son ley suprema de toda la Unión, si son firmados por el Presidente de la República, aprobados por el Senado y están de acuerdo con la propia Constitución. El último párrafo del artículo 4 de la Ley Sobre la Celebración de Tratados establece que: "los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional, deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación".

En el caso específico del CMCT todos los requisitos necesarios para que el CMCT forme parte de nuestra legislación interna han sido colmados: el 12 de agosto de 2003, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos firmó el CMCT. A su vez, el mismo fue aprobado por la Cámara de Senadores el 14 de abril de 2004. Por último, el tratado en cuestión fue publicado el 25 de febrero de 2005 en el Diario Oficial de la Federación. De lo anterior se concluye que, partir del 26 de febrero del año 2005, el CMCT pasó a formar parte del orden jurídico mexicano. En ese sentido, las violaciones al CMCT son violaciones al orden jurídico nacional y al artículo 133 constitucional, independientemente de la responsabilidad internacional en que incurra México por haberlo violado durante la vigencia del Convenio.

A continuación se señalan las diversas violaciones en que incurre el Convenio, en relación con el instrumento internacional específico involucrado.

Convenio Marco para el Combate al Tabaco

i) *Advertencia sobre la industria tabacalera.* En su preámbulo, el CMCT reconoce "la necesidad de mantener la vigilancia ante cualquier intento de la industria del tabaco de socavar o desvirtuar las actividades de control del tabaco, y la necesidad de estar informados de las actuaciones de la industria del tabaco que afecten negativamente a las actividades de control del tabaco". Se desprende que el espíritu del CMCT exige considerar a la industria tabacalera como un obstáculo al combate al tabaquismo. La celebración misma del Convenio implica una transgresión al espíritu del CMCT, pues involucra directamente a la industria tabacalera en su propia regulación y, mediante la cláusula décimonovena, condiciona las modificaciones a la regulación al tabaco a la anuencia empresas involucradas, otorgándoles un poder indebido sobre su propia regulación.

ii) *Protección contra los intereses comerciales de las tabacaleras.* El artículo 5 del CMCT establece obligaciones generales de las partes y, en su apartado 3, dicta que: "A la hora de establecer y aplicar sus políticas de salud pública relativas al control del tabaco, las Partes actuarán de una manera que proteja dichas políticas contra los intereses comerciales y otros intereses creados de la industria tabacalera, de conformidad con la legislación nacional."

En contravención directa con el texto transcrito, el Convenio no sólo no protegía a las políticas del gobierno de los intereses comerciales de las tabacaleras, sino que las vinculaba en forma directa a esos intereses. Esto así mediante la aportación establecida en la cláusula décimocuarta, la SSA resultaba un beneficiario directo de las ventas de tabaco.

iii) *Medidas tributarias.* El artículo 6 del CMCT reconoce que los impuestos son medidas efectivas e importantes para reducir el consumo del tabaco, en particular entre jóvenes. Asimismo, establece la obligación de adoptar políticas tributarias tendientes a reducir el consumo al tabaco. El Convenio, en su cláusula décimocuarta, condiciona las aportaciones temporales a la abstención del Estado de establecer nuevos impuestos al tabaco, obstaculizando así la obligación a que el CMCT sujeta al Estado de implementar medidas como el establecimiento de impuestos. Como es del conocimiento público, el "peso por cajetilla" establecido en el Convenio constituyó uno de los argumentos centrales esgrimidos para derrotar la propuesta impositiva hecha a finales de 2005. Hubo que esperar hasta finales de 2006 para que el impuesto al tabaco fuera aumentado.

iv) *Información sobre los productos del tabaco.* El artículo 10 del CMCT establece la obligación de adoptar y aplicar medidas eficaces para que las tabacaleras revelen a las autoridades gubernamentales toda la información relativa al contenido y emisiones de sus productos. Asimismo, establece la misma obligación a fin de lograr que las tabacaleras revelen al público la información relativa a los componentes tóxicos y emisiones de los productos. El Convenio, en su cláusula sexta, establece la obligación de las tabacaleras de entregar a la SSA y hacer pública cierta información sobre sus productos. Dicha cláusula resultaba insuficiente para dar cabal cumplimiento al artículo 10 del CMCT, pues establecía una excepción relativa a "la información confidencial y secretos industriales" y dejaba en manos de las tabacaleras definir qué información caía dentro de esos supuestos. Al dejar abierta la posibilidad de que las tabacaleras se reserven información relevante, no puede considerarse que la cláusula sexta del Convenio fuera una medida eficaz para obtener información relevante

de las tabacaleras respecto de sus productos, como lo exige el artículo 10 del CMCT.

v) *Información falsa o equívoca*. El artículo 11 del CMCT establece la obligación, por parte del Estado, de adoptar medidas eficaces para que en los empaques y etiquetas de productos de tabaco no se promueva un producto de forma falsa, equívoca, engañosa, que pueda inducir al error o “que tenga el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros”. El Convenio, en su cláusula quinta, “a fin de asegurar que no se induzca al error al consumidor” establece que toda cajetilla de cigarros contendrá una leyenda que diga: “Actualmente no existe un cigarro que reduzca los riesgos a la salud”. Dicha leyenda es equívoca y ambigua, pues sugiere la posibilidad de que exista un cigarro que reduzca los riesgos a la salud, y transmite la idea de que el que no exista dicho cigarro es una situación temporal que se busca activamente remediar. Así, el Estado incumple con la obligación de adoptar medidas eficaces para que los empaques no induzcan al consumidor al error, y además activamente promueve la inclusión en los paquetes de un mensaje equívoco y que induce al error. En consecuencia, el Convenio viola el CMCT por omisión, pero también por acción.

vi) *Prohibición de la publicidad y promoción de productos de tabaco*. El CMCT, en su artículo 13, párrafo 2, prescribe que cada Estado Parte “procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.” En contraste, el Convenio en su cláusula séptima establece 35 metros cuadrados de superficie como límite superior para la extensión de los anuncios exteriores. El artículo 13 del CMCT condiciona la prohibición total de la publicidad únicamente a aquellas limitantes que imponga el derecho constitucional por razón de la libertad de expresión. Siendo que la expresión comercial (*commercial speech*) no está protegida constitucionalmente, no hay motivo para que México no hiciera efectiva la prohibición total de publicidad inmediatamente. Ahora bien, es importante aclarar que el CMCT marca un plazo de cinco años para que los Estados Parte del CMCT adopten las medidas necesarias para hacer efectiva la prohibición total de la publicidad y promoción. En consecuencia, y dado que el Convenio perdió vigencia en el 2007, únicamente se puede considerar que la cláusula séptima violenta el espíritu del CMCT, en este punto.

vii) *Leyendas precautorias*. El artículo 11 del CMCT establece que las leyendas precautorias “deberían ocupar 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos de 30% de las superficies principales expuestas.” Asimismo, el citado artículo promueve

que las leyendas precautorias contengan imágenes y pictogramas. En contraste, el Convenio establece en su cláusula cuarta que las advertencias en las cajetillas de cigarros cubran hasta 50% de la superficie de la cara posterior y explícitamente establece que no se exigirá que incluyan imágenes. Si bien el que el Convenio establezca como límite superior del tamaño de las leyendas lo que el CMCT propone como límite inferior no constituye una violación abierta del texto del CMCT, constituye sin embargo una omisión por parte del Estado de cumplir con los estándares que él mismo reconoce y que está en condiciones de perseguir.

Otros instrumentos internacionales

viii) *Derecho a la Salud*. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12, así como el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo 10 establecen el derecho a la salud. Asimismo, los artículos 2 y 1, respectivamente, de los instrumentos citados establecen la obligación del Estado de tomar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos en ellos plasmados. Si, como se explicó en el apartado II. A. i), consideramos que los estándares reconocidos por el propio Estado mexicano son los plasmados en el CMCT, al incumplir o violentar el CMCT, el Convenio resulta simultáneamente violatorio de los instrumentos internacionales citados en este apartado.

C. Irregularidades en relación con leyes

Ley Federal de Protección al Consumidor

i) *Información veraz y que no induzca al error*. La Ley Federal de Protección al Consumidor (en adelante, LFPC) en su artículo 32 exige que la información que se difunda por cualquier medio o forma sobre un producto deberá ser veraz y exenta de descripciones que induzcan o puedan inducir al error o la confusión por su inexactitud. El Convenio, en su cláusula quinta impone una leyenda lateral que resulta inexacta e induce al error y la confusión.

ii) *Instructivo sobre riesgos y uso adecuado*. La LFPC establece, en su artículo 41, que tratándose de productos que se consideren peligrosos para la salud o para el medio ambiente, el proveedor deberá incluir un instructivo indicando el carácter nocivo del producto, su uso adecuado y las consecuencias de no utilizar el producto en forma adecuada. Siendo el tabaco un producto peligroso para la salud y el medio ambiente, resulta aplicable esta disposición legislativa. Sin embargo, la cláusula

tercera del Convenio resulta insuficiente para cumplir con esta disposición, pues a) exige que únicamente 25% de las cajetillas vendidas los contengan, y b) la información que proporciona el inserto, conforme al Anexo Uno, no incluye indicaciones sobre el uso adecuado del tabaco, ni sobre las consecuencias de apartarse del uso adecuado.

iii) *Prohibición de convenios que restrinjan la información a consumidores.* La LFPC en su artículo 45 prohíbe los convenios que restrinjan la información a consumidores. El Convenio restringe la información a consumidores pues: a) su cláusula tercera limita la inserción de insertos al 25% de las cajetillas; b) su cláusula cuarta limita a 50% el tamaño de las leyendas precautorias traseras; c) su cláusula cuarta excluye el uso de información pictórica para advertir a los consumidores sobre los riesgos a la salud que representa el consumo del tabaco; d) su cláusula sexta autoriza a las tabacaleras a reservar información que consideren secreto industrial o información confidencial.

Ley General de Salud

iv) *Inserción visible.* El artículo 276 de la Ley General de Salud dispone que todas las etiquetas y envases de productos de tabaco contendrán una inserción “perfectamente visible en una de sus caras” con mensajes que orienten al fumador hacia tratamientos para dejar de fumar. El Convenio contraviene la disposición legislativa pues, en su cláusula tercera, en relación con el Anexo Uno, dispone que:

1. El texto que orienta a tratamientos para dejar de fumar estará escrito en letra arial 6 (letra arial 6), lo cual dista mucho de ser “perfectamente visible”.
2. El texto podrá, a voluntad de las tabacaleras, localizarse al interior de la cajetilla y no en una de sus caras, como dicta la Ley.
3. El texto solo será incluido en 25% de las cajetillas, y no en la totalidad, como lo dispone la Ley.

D. Irregularidades en relación con reglamentos

Prohibición de atribuir cualidades terapéuticas que no correspondan a la función del producto. El artículo 6 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad (en adelante, RLGSMP) establece que la publicidad de, entre otros productos, el tabaco, no deberá atribuir “cualidades terapéuticas” o de “otra índole” “que no correspondan a su función o uso”, ni tampoco deberá “indicar o inducir a creer explícita o implícitamente que el producto cuenta con (...) las

propiedades de los cuales carezca.” La cláusula quinta del Convenio establece que las cajetillas incluirán una leyenda lateral con el texto “Actualmente no existe un cigarro que reduzca los riesgos a la salud”. Dicha leyenda sugiere que los cigarros pueden contar con la cualidad terapéutica de reducir los riesgos a la salud, cualidad que no corresponde a su función o uso. Asimismo, dicha leyenda induce a creer que el producto puede contar con la propiedad de reducir los riesgos a la salud, propiedad de la cual carece.

i) *Publicidad orientadora y educativa.* El artículo 7 del RLGSMP establece que la publicidad será “orientadora y educativa”, que deberá a) referirse a las características, propiedades y empleos reales o reconocidos de los productos en términos claros y fácilmente comprensibles; b) señalar las precauciones necesarias para el uso, manejo o consumo de los productos, informando sobre el uso adecuado de los mismos y de los daños que pueden causar a la salud, evitando el error del consumidor, y c) “estar redactadas en formas literarias negativas cuando se trate de prevenir al consumidor sobre los riesgos que el producto pueda representar”. La multicada leyenda fijada en la cláusula quinta del Convenio formula en términos positivos (“que reduzca los riesgos a la salud”) la advertencia sobre los efectos del cigarro, propicia el error del consumidor, no advierte sobre los daños que causa el producto, no informa sobre su uso adecuado, no señala las precauciones necesarias para su consumo y habla sobre propiedades (reducir los riesgos a la salud) que no son reales ni reconocidas del producto en cuestión. Por todas estas razones, el Convenio viola la disposición reglamentaria en referencia.

ii) *Información sobre efectos nocivos del tabaco y promoción de su abandono.* El artículo 3 del Reglamento sobre Consumo del Tabaco establece que la protección a la salud de los efectos nocivos del humo de tabaco comprende la información a la población sobre los efectos nocivos del consumo de tabaco y la promoción de su abandono. La leyenda establecida en la cláusula quinta del Convenio incumple con el requisito reglamentario de informar a la población sobre los efectos nocivos del consumo del tabaco, pues en lugar de ello afirma que no existe cigarrillo que reduzca los riesgos a la salud, lo cual no transmite al consumidor la información relativa a los efectos nocivos del cigarro. Asimismo, el Convenio autoriza a las tabacaleras a dejar de incluir la promoción del abandono contenida en el inserto del que habla la cláusula tercera en un 75% de su producción; esto es, la promoción del abandono del consumo del tabaco sólo se actualiza en una cuarta parte de los empaques.

III. Elementos del Convenio que se ajustan a la normatividad aplicable

En la presente sección se enumeran los aspectos del Convenio que resultan acordes con la normatividad aplicable. La sección sigue el orden de las cláusulas del Convenio.

i) *Leyendas precautorias*. La cláusula cuarta establece que será el 50% de la superficie de la cara trasera de la cajetilla de cigarros la porción que deberá estar cubierta por una leyenda de advertencia. El artículo 276 de la Ley General de Salud establece como requisito 25% de dicha superficie. De esta forma, el Convenio excede a la Ley. (Sin embargo, cabe recordar que, como se explicó en el apartado II. B. vii), el CMCT establece la obligación de procurar que dicha superficie sea mayor 50%, por lo que, si consideramos al CMCT como norma superior o, en todo caso, norma posterior a la Ley General de Salud, la cláusula cuarta cae en irregularidad jurídica).

ii) *Publicidad de exteriores*. La cláusula séptima establece que en ningún caso los anuncios espectaculares exteriores podrán exceder un tamaño de 35 metros cuadrados. Esta disposición corresponde con el artículo 309 bis, fracción III de la Ley General de Salud, el cual establece el mismo límite superior.

iii) *Publicidad transfronteriza*. La cláusula décima del Convenio compromete a las tabacaleras a no llevar a cabo publicidad transfronteriza y reconoce que la SSA puede restringirla. Ello es acorde con el artículo 13, apartado 6 del CMCT, que establece la obligación de cooperar para eliminar la publicidad transfronteriza.

iv) *Promoción del tabaco entre menores*. Las cláusulas décimoprimera y décimosegunda establecen medidas para restringir el acceso de menores a productos de tabaco, así como la promoción de productos de tabaco a menores, que resultan acordes con el artículo 16 del CMCT, con el artículo 309 bis, fracciones I y V de la Ley General de Salud y con el artículo 38, fracción III del RLGSM.

v) *Prevención de venta de tabaco ilícita*. La cláusula décimotercera establece medidas para combatir y prevenir la venta y proliferación ilícita de productos de tabaco. Ello es acorde con el artículo 15 del CMCT.

IV. Conclusiones

Un simple contraste de la normatividad aplicable con el Convenio ofrece un cúmulo considerable de focos rojos a todos los niveles normativos estudiados (Constitución, tratados internacionales, legislación y reglamentos). El hecho de que un instrumento del que se puede apreciar su inconstitucionalidad no haya sido impugnado ante tribunales debe alertarnos sobre nuestros mecanismos

de control constitucional y legal del actuar gubernamental. Cuando desde el Estado, asumido como principal garante de la salud pública en México, se incurre en este tipo de faltas ante la normatividad vigente en la materia, cabría esperar algún tipo de reacción legal en contra. Sin embargo, el convenio nunca fue impugnado.

El Convenio no subsiste al día de hoy. Sin embargo, este estudio de caso debe alertarnos sobre algunos riesgos que sí subsisten. Entre ellos se cuenta el de que las autoridades implementen políticas públicas sin someterlas al marco normativo vigente en la materia. El caso aquí estudiado debe alertar a todos los ciudadanos a monitorear de cerca el proceder de las autoridades, lo cual necesariamente topará con la estrechez de los mecanismos de control del actuar de las mismas. De manera que el problema fundamental no está en la legislación, sino en la aplicación del derecho. Mientras no existan los mecanismos para que la ciudadanía pueda exigir el debido cumplimiento de la legislación vigente en forma poco costosa y relativamente sencilla, será difícil acotar la discrecionalidad o insuficiencia de su aplicación por parte de los responsables de turno.

Este estudio de caso no pretende realizar un análisis de políticas públicas. Sin embargo, no quisiéramos dejar de alertar sobre las consecuencias concretas que puede tener una regulación como el Convenio en cuestión. Además de las irregularidades jurídicas que se pueden comprobar, es importante notar también los efectos reales que puede llegar a tener una autoridad indebidamente comprometida. El Convenio estuvo vigente durante más de dos años y medio. Durante ese tiempo, se desarrolló una campaña de prevención singular, denominada "El paraíso de los fumadores", en la que, en palabras de la propia Secretaría de Salud, se mostraba "el disfrute de este hábito, aunque con algunas reservas". En el contexto del análisis que se presenta, resulta fundamental que estas reservas, viniendo de las autoridades encargadas de velar por nuestra salud, sean mayores que aquellos hábitos, promovidos por agentes cuyos intereses son contrarios a los de la salud pública, si bien todo en un contexto de libre elección.

Referencias

1. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala; Tesis Aislada 2ª XIX/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV marzo de 2002, página 422. Registro 187600.
2. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala; Tesis Aislada 2ª XVIII/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, marzo de 2002, página 427. Registro 187501.
3. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala; Tesis Aislada 2ª CXXIV/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIV, agosto de 2001, página 222. Registro 189133.