

Sobre la constitucionalidad de la regulación del tabaco en México

Alejandro Madrazo Lajous, JSD⁽¹⁾

Madrazo-Lajous A.
Sobre la constitucionalidad de la regulación del tabaco en México.
Salud Publica Mex 2008;50 suppl 3:S323-S333.

Resumen

Conforme ha avanzado la regulación del tabaco en México, el debate público sobre el tema se ha constitucionalizado. El presente ensayo pretende aportar elementos para participar en dicho debate de forma informada. En un primer momento, se exploran los fundamentos constitucionales de la regulación del tabaco en México. Luego, se analizan una a una las principales imputaciones de inconstitucionalidad que se han planteado a fin de cuestionar la validez de la reciente actividad legislativa en materia de regulación del tabaco, concluyendo que ninguna de ellas se sostiene.

Palabras clave: tabaco; políticas públicas; derechos civiles; legislación; México

Madrazo-Lajous A.
On the constitutionality of tobacco regulation in Mexico.
Salud Publica Mex 2008;50 suppl 3:S323-S333.

Abstract

As tobacco control legislation gains ground, public debate on the matter has come to be cast in constitutional terms. The present essay aims to provide information so as to participate in the debate in an informed manner. First, it explores the constitutional grounding for tobacco control. Then it analyzes, one by one, the key arguments put forth to challenge the constitutionality of tobacco control legislation, reaching the conclusion that none of the challenges holds water.

Key words: tobacco; public policy; civil rights; legislation; Mexico

En menos de dos años, la regulación del tabaco en México ha progresado en saltos asombrosos. Hace apenas dos años, la Secretaría de Salud, maniatada por voluntad propia, parecía más una agencia de cabildeo y relaciones públicas de las tabacaleras que la entidad reguladora de la industria. El tristemente célebre convenio que la Secretaría había suscrito con la industria tabacalera estaba aún vigente y documentaba la enajenación de la facultad reglamentaria en materia de tabaco,

endosada a las tabacaleras a cambio de un peso por cajetilla. Con dinero público, la Secretaría financiaba la transmisión de una campaña publicitaria, "El paraíso de los fumadores", que parecía diseñada más para promover el tabaquismo que para prevenirlo.* Difícilmente la

* Disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=sr5uYCgRApI>.

(1) Doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Fecha de aceptado: 7 de mayo de 2008

Solicitud de sobretiros: Dr. Alejandro Madrazo Lajous. Facultad de Derecho. Edificio principal. Mesa de firmas, circuito interior. Ciudad Universitaria, UNAM. del. Coyoacán. México, CP 04510
 Correo electrónico: alejandro@madrazolajous.com

situación podía ser más favorable para la propagación de la epidemia del tabaquismo en México.

Hoy la situación es muy distinta. Con el cambio de gobierno, a finales de 2006, la Secretaría de Salud puso fin al convenio con las tabacaleras. A principios de 2008, el Congreso de la Unión aprobó la Ley General para el Control del Tabaco. Pese a sus muchas deficiencias, la ley puede llegar a constituir un avance significativo si el Ejecutivo la publica y, junto con su publicación, emite reglamentos rigurosos. Más importante aún, la Ciudad de México se ha convertido en la ciudad 100% libre de humo de tabaco más grande del mundo. Las reformas a la Ley para la Protección de la Salud de los No Fumadores aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal representaron un paso fundamental en materia de regulación del tabaco: se adoptó, sin cortapisas, una de las políticas públicas más importantes para combatir el tabaquismo enunciadas por el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) de la Organización Mundial de la Salud (OMS): la prohibición absoluta de fumar en espacios públicos cerrados.

Ante estos avances, la industria tabacalera y los detractores de la regulación del tabaco (no necesariamente aliados de la industria) han adoptado medidas para dificultar el avance del control del tabaco. Una de ellas ha sido el sembrar dudas acerca de la constitucionalidad de la regulación del tabaco, incluso impugnando la legislación local ante los tribunales federales. Desde la época del convenio entre la Secretaría de Salud y las tabacaleras, éstas amenazaban con una “lluvia de amparos” si se pretendía regularlas seriamente. En los hechos, esta “lluvia” parece ser más un chispeo y la legislación local en el Distrito Federal ha tenido amplia aceptación entre la población, siendo muy escasos los reportes de que alguien se rehúse a cumplir con la normatividad. No obstante, parece oportuno abordar el tema de la constitucionalidad de la regulación del tabaco, a fin de dejar en claro lo que las tabacaleras y otros detractores han buscado enturbiar: la regulación del tabaco no sólo es acorde con la *Constitución*, sino que es constitucionalmente requerida.

Lo cierto es que, como se expone en este artículo, la regulación del tabaco cuenta con un amplio fundamento constitucional y los argumentos esgrimidos en contra de su constitucionalidad no se sostienen. En este texto se exponen ambas dimensiones de la cuestión. En consecuencia, el primer apartado presenta en forma sintética los fundamentos constitucionales sobre los que descansa

la regulación del tabaco;* en un segundo apartado, se exponen los principales argumentos que se han esgrimido para sustentar la pretendida inconstitucionalidad de la regulación del tabaco. En cada caso se explica por qué no se sostienen dichos argumentos. Finalmente, se resumen las principales conclusiones de este análisis.

Fundamentos constitucionales

La epidemia del tabaquismo afecta directamente, al menos, a cuatro de los derechos fundamentales consagrados en nuestra *Constitución*: el derecho a la salud, el derecho a la información, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho de la niñez a que sus necesidades en materia de salud sean cubiertas. Son estos derechos los que sirven de fundamento constitucional para regular en forma efectiva el tabaco y su consumo. Ahora bien, antes de abordar cada uno de los derechos fundamentales involucrados, es importante hacer algunas precisiones acerca de la estructura de los derechos fundamentales, y lo que esta estructura implica para su cumplimiento.

Los derechos fundamentales son expectativas legítimas (derivadas de una norma jurídica) que una persona tiene frente la autoridad para que ésta se abstenga de realizar alguna conducta que le afectare negativamente o bien para que realice cierta conducta que le beneficie.† Esto es, un derecho fundamental implica una obligación a cargo del Estado de *hacer* o bien de *no hacer*.

* Se exploran únicamente los fundamentos constitucionales de la regulación del tabaco incluidos expresamente en el texto de la *Constitución*, dejando de lado, para efectos de este artículo, el CMCT de la OMS, el cual, por virtud del Artículo 133 constitucional, es vinculante internamente. Se ha optado por excluir aquí el artículo 133 constitucional como parte del fundamento a fin de mantener el nivel de discusión estrictamente dentro del texto constitucional, pues las imputaciones de inconstitucionalidad que se explorarán más adelante –de sostenerse– derrostrarían la obligatoriedad del CMCT, por tener los tratados internacionales una jerarquía inferior a la propia *Constitución*. Ahora bien, siendo que –como se verá– las imputaciones de inconstitucionalidad no se sostienen, es importante tener en mente que, además de los fundamentos constitucionales analizados en este artículo, el propio CMCT es un fundamento legal sólido y vinculante sobre el cual se debe edificar la regulación del tabaco en México.

† Para una definición técnica de los derechos fundamentales ver: Ferrajoli L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 2ª ed., España: Editorial Trotta, 2001:37-41.

Tradicionalmente, se utilizaba esta distinción entre obligaciones de *hacer* y de *no hacer* como base de una clasificación binaria en la que se asociaba a los derechos civiles y políticos con obligaciones de *no hacer* por parte del Estado, y a los derechos económicos, sociales y culturales –como el derecho a la salud– con un *hacer*, esto es, con la obligación del Estado de destinar recursos a fin de proveer una prestación a favor de los titulares de derechos. Nuestra forma de entender los derechos fundamentales ha cambiado mucho. La teoría constitucional contemporánea reconoce que los derechos fundamentales tienen una complejidad mucho mayor que la distinción binaria entre *hacer* y *no hacer*.^{*} Hoy se reconoce que aquellos derechos fundamentales que se identificaban con un *no hacer* –como el derecho a la propiedad– implican también distintos tipos de *hacer* que a su vez involucran gastos considerables por parte del Estado –como establecer y mantener registros públicos de la propiedad o sufragar los costos del establecimiento de juzgados a fin de tutelar con eficacia la propiedad–. Asimismo, se reconoce que los derechos económicos, sociales y culturales se traducen, generalmente, en obligaciones de *hacer* a cargo del Estado –prestar servicios de salud, financiar vivienda económica– pero que también implican, como mínimo, obligaciones de *no hacer* –no dañar la salud, no privar de la vivienda a las personas, etcétera–.

Hoy, en síntesis, se entiende que los derechos fundamentales implican una multiplicidad de obligaciones de distinta naturaleza a cargo del Estado, que van desde la no intervención o no afectación del goce de un bien (el *no hacer*), hasta distintos grados de *hacer* que implican mayor o menor aportación de recursos. Así, se habla de distintos *niveles* de obligaciones a cargo del Estado: la obligación de *respetar* –esto es, de no afectar–, la obligación de *proteger* –cuidar que terceros no afecten–, obligaciones de *garantizar* –asegurar que el titular de un derecho acceda a un bien determinado–, y finalmente, obligaciones de *promover* –establecer condiciones para que los titulares del derecho accedan a un bien–.[‡] No todo derecho implica todo nivel de obligación, pero distintos niveles normalmente se ven involucrados en hacer efectivo cada derecho.

Si enfocamos –por ejemplo– el derecho a la salud en relación con la regulación del tabaco y el control de la epidemia del tabaquismo, nos encontramos con

que el Estado tiene los cuatro niveles de obligación. El Estado debe *respetar* el derecho a la salud, por ejemplo, absteniéndose de realizar acciones que dañen la salud –tales como la difusión de campañas publicitarias que promuevan el tabaquismo, como “El paraíso de los fumadores”–; debe *proteger* la salud, por ejemplo, tomando medidas para que los no fumadores no se vean expuestos al humo secundario del tabaco; debe *garantizar* la salud, por ejemplo, proveyendo servicios médicos para tratar las enfermedades derivadas del tabaquismo; y finalmente, debe *promover* la salud, estableciendo clínicas y programas para tratar el tabaquismo o realizando campañas (serias) de concientización sobre los efectos del tabaquismo.

Para efectos de este artículo, nos interesa resaltar, sobre todo, el segundo nivel: la *protección* de los derechos fundamentales afectados por la epidemia del tabaquismo. Como mínimo, la protección de dichos derechos implica el establecimiento de un marco normativo que regule las actividades vinculadas al tabaquismo en forma tal que se eviten o minimicen los efectos nocivos del tabaquismo en la población –fumadores y no fumadores–.

La explicación hasta aquí expuesta sirve para ubicarnos: la restricción del consumo tabaco mediante la legislación opera en el nivel de *protección* de los derechos fundamentales involucrados y, en este nivel, constituye el *mínimo* que el Estado debe proveer. Antes que prestar servicios de salud como el tratamiento, el Estado está obligado, al menos, a regular al tabaco de forma tal que se permita abatir, en forma eficaz, los efectos nocivos del tabaquismo.

Habiendo ubicado la discusión sobre la legislación en materia de control del tabaco en un marco teórico constitucional, pasemos a analizar, uno a uno, los derechos que le sirven de fundamento.

El derecho a la salud

El Artículo 4º constitucional establece, en su Párrafo 3º, que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.” Explícitamente, la *Constitución* establece una obligación positiva a cargo del Estado de proteger la salud de las personas. Como vimos al tratar los niveles de obligación del Estado, la mínima protección que el Estado puede proveer –antes que ofrecer servicios de salud que protejan la salud– es establecer un marco normativo que proteja la salud. En el caso del tabaquismo, esto implica, precisamente, la regulación adecuada del tabaco a fin de minimizar sus efectos.

Cabe entonces la pregunta: ¿cuál es la legislación adecuada para prevenir los efectos nocivos del tabaco? La respuesta, por supuesto, es compleja y queda en ma-

* Para abundar en el tema: Abramovich V, Courtis C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed., España: Editorial Trotta, 2004, capítulo 1.

‡ Abramovich V, Courtis C, *supra*, nota 4, página 29.

nos, principalmente, del legislador. Sin embargo, es aquí donde la regulación internacional se torna relevante, con independencia de las obligaciones que directamente establece. Los tratados internacionales sirven como parámetro de qué es lo que el Estado considera adecuado en materia de regulación del tabaco. Al suscribir el CMCT de la OMS, el Estado mexicano ha reconocido que las políticas de control del tabaco consagradas en dicho convenio son adecuadas para combatir el tabaquismo y sus efectos. En consecuencia, nuestra legislación interna debe de establecer –al menos– las políticas consagradas en el CMCT.

En específico, la protección de la salud de los no fumadores implica, simultáneamente, *protegerlos* del humo de segunda mano y *protegerlos* del riesgo de caer en el tabaquismo. La protección es doble: de la afectación directa a la salud derivada del tabaquismo de otros; y de la afectación a la salud resultante de la exposición directa al tabaco como consumidor. La primera protección requiere de medidas como los espacios 100% libres de humo. La segunda implica la regulación de la publicidad y la concientización e información sobre los riesgos del tabaquismo. Esto nos vincula con el siguiente derecho fundamental involucrado en el control al tabaquismo, el derecho a la información.

El derecho a la información

Hablando de tabaquismo, la protección de la salud se vincula necesariamente con el derecho a la información. Siendo el tabaquismo una epidemia cuya prevención se verifica principalmente mediante la información y educación de la población en riesgo, se sigue que la obligación por parte del Estado de proteger la salud de las personas está íntimamente ligada al derecho a la información. Según el Artículo 6º de nuestra *Constitución*, el Estado debe *garantizar* la información. Nótese que la obligación de garantizar –como se vio más arriba– implica asegurar que las personas accedan a un bien. Esto es, el Estado debe proveer a las personas la información necesaria para prevenir el tabaquismo.

El derecho a la información opera también en los niveles más elementales de obligación a cargo del Estado. En primer lugar, el Estado debe abstenerse de desinformar al público –abstenerse de realizar acciones como la campaña de “El paraíso de los fumadores”–. En un segundo momento, debe *proteger* a la población vulnerable de la desinformación que generan terceros –en este caso, las tabacaleras generan desinformación mediante su propia publicidad–. Finalmente, como ya se mencionaba, el Estado debe, activamente, llevar la información necesaria para prevenir el tabaquismo hasta la población vulnerable.

El derecho a un medio ambiente sano

Es preciso también señalar, entre los fundamentos constitucionales de la regulación del tabaco, el derecho a un medio ambiente sano. El Artículo 4º constitucional también establece, en su Párrafo 4º, que “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”. El ambiente contaminado por el humo del tabaco dista de ser un ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas. Como mínimo, el Estado debe *proteger* la existencia de un medio ambiente, asegurando que no sea contaminado por terceros con el humo del tabaco. En específico, tal protección debe garantizarse en áreas cerradas y de acceso público, pues, en primer lugar, es en espacios cerrados donde las concentraciones de humo hacen que sea más dañino y, en segundo lugar, es allí donde resulta posible controlar que no sea contaminado el ambiente.

El derecho de los niños

Por último, encontramos un derecho fundamental en materia de salud específicamente otorgado a la niñez. El Artículo 4º, en su Párrafo 6º, establece como derecho de la niñez la satisfacción de sus diversas necesidades para su desarrollo integral, entre las que explícitamente se incluye la salud.

Principales imputaciones de inconstitucionalidad

Antes de analizar y refutar uno a uno los principales argumentos que hasta ahora se han presentado para sustentar la supuesta inconstitucionalidad de la regulación del tabaco, vale la pena hacer algunas observaciones acerca de cómo han aparecido –y se han modificado– estos argumentos. Podemos identificar tres etapas distintas en la argumentación que pretende propagar –en los medios de comunicación y entre los legisladores– la idea de que la regulación del tabaco es inconstitucional. Un primer intento se actualiza inmediatamente después de que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobara reformas a la Ley para la Protección de la Salud de los No Fumadores en el Distrito Federal. Un segundo intento se ubica justo cuando estaba por aprobarse la Ley General para el Control del Tabaco en la Cámara de Diputados federal. Un tercer intento se da al momento en que se discutían simultáneamente la segunda tanda de reformas a la Ley para la Protección de los No Fumadores en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y la aprobación de la Ley General para el Control del Tabaco en el Senado de la República.

Desde la aprobación de la primera reforma a la legislación local en el Distrito Federal (DF) –en la que se requería que las áreas de fumar y no fumar en lugares públicos cerrados fuesen físicamente separadas– la industria tabacalera pretendió amedrentar a los legisladores con argucias sobre la inconstitucionalidad de reforma. En aquel entonces, el principal argumento de inconstitucionalidad esgrimido era que la separación física era, en sí, discriminatoria en contra de los fumadores. Sin embargo, pronto se dieron cuenta de que la política de espacios físicamente separados les era más benévola que la de espacios 100% libres de humo –por aquel entonces todavía propuesta en la legislación federal–. En consecuencia, dejaron de calificar a los espacios físicamente separados como discriminatorios e impulsaron, con éxito, cambios a la propuesta de legislación federal para que adoptara también la política de espacios físicamente separados. El argumento de la discriminación sería resucitado más adelante, en una versión levemente modificada que propone que cualquier política que excluya el humo del tabaco de los espacios públicos cerrados –ya sea la separación física o los espacios 100% libres de humo– constituye una discriminación inconstitucional. Pero es importante señalar que, durante el tiempo que tomó a las tabacaleras presionar al Legislativo federal a fin de que sustituyera la política de espacios 100% libres de humo y adoptara la política de espacios físicamente separados, no se propagó el argumento de que la separación física constituye una discriminación.

Al acercarse la votación de la Ley General para el Control del Tabaco en la Cámara de Diputados, circuló ampliamente un documento anónimo –pero de origen identificable– entre los legisladores federales que invocaba un supuesto “Derecho a Fumar” (así, con mayúsculas) como sustento de la pretensión de inconstitucionalidad de la regulación del tabaco. La estrategia de amedrentar a los legisladores no funcionó y el “Derecho a Fumar” pasó, también, a un segundo plano.

Finalmente, a finales de febrero, la dramática aprobación simultánea de la ley federal en el Senado y de la segunda tanda de reformas a la legislación local en la Asamblea Legislativa del DF –ahora sí estableciendo espacios cerrados de acceso público 100% libres de humo de tabaco– dio pie a que los detractores de la regulación más estricta (la local) argumentaran que existía una invasión de competencias federales por parte de la Legislatura local. La legislación federal establece espacios físicamente separados mientras que la legislación local va más allá al optar por una política de espacios 100% libres de humo de tabaco. Haciendo caso omiso del hecho que la salud es materia concurrente entre la Federación

y los estados, los detractores de la reforma señalaban la discrepancia entre las dos leyes como una invasión de esferas de competencia mutuamente excluyentes.

Como se verá en adelante, ninguna de las tres imputaciones está sustentada en nuestro derecho constitucional, pero es importante notar que las imputaciones de inconstitucionalidad han variado conforme ha convenido a las tabacaleras en su cabildeo legislativo y conforme las oportunidades mediáticas se han ido presentado.

Discriminación

La primera estrategia de los detractores de la regulación del tabaco consiste en invocar el derecho a la no discriminación consagrado en el Artículo 1º *la Constitución*. El derecho a la igualdad y a la no discriminación ha sido invocado con pretensiones de socavar tanto a la política que establece espacios físicamente separados como a la que establece espacios 100% libres de humo de tabaco. Según este argumento, la separación de espacios para fumar (sean éstos abiertos o físicamente separados) y los espacios de no fumar en lugares públicos y cerrados constituye una discriminación. En algunas ocasiones se califica como una discriminación por razones de salud –el fumador es un enfermo, dicen– y en otras por razones de preferencia –la elección del tabaco es una preferencia–. En cualquier caso, el argumento es insostenible, pues se sustenta en al menos tres falsas apreciaciones de la doctrina constitucional en materia de igualdad y no discriminación:

- a) El argumento confunde el acto de fumar con la persona del fumador.
- b) El argumento confunde la diferenciación con la discriminación.
- c) El argumento hace caso omiso de los criterios que la Suprema Corte de Justicia ha establecido para determinar si un trato diferenciado resulta o no discriminatorio.
 1. El acto de fumar es distinto a la persona fumadora; la legislación que regula dónde se permite fumar y dónde no se dirige al acto, no a la persona. Tanto fumadores como no fumadores podrán entrar a los espacios 100% libres de humo de tabaco. La única razón por la cual alguien se vería obligado a salir de ella sería para fumar un cigarrillo. Esto es, el acto es lo que determina que alguien pueda o no estar en un lugar, no su calidad personal. Esto es, la regulación prohíbe el acto de fumar en ciertos espacios con independencia de si alguien es

un fumador empedernido o si es la primera vez que prueba el tabaco. La prohibición no se refiere a las personas y en consecuencia no se puede afirmar con seriedad que las discrimine. Si la ley prohibiera la entrada de los fumadores a los espacios 100% libres de humo, independientemente de si están o no fumando, esto es, independientemente de si están afectando derechos de terceros o no, entonces sí sería discriminatoria.

Lo que es más, lo que la regulación proscribiera es una conducta que se realiza afectando derechos de terceros (concretamente los derechos a la salud y a un medio ambiente sano). No proscribiera la conducta de fumar en sí, sino sólo en la medida en que afecta la salud y el ambiente de otros, esto es, cuando se realiza en espacios cerrados y públicos. De realizarse en espacios abiertos o en espacios cerrados pero privados, la conducta (fumar) no está prohibida, por no afectar a terceros.

Ahora bien, es cierto que el tabaquismo es una enfermedad. Pero ello no autoriza a quien la padece a actuar conforme lo ordene su compulsión sin que la autoridad tenga la posibilidad de regularlo. Ello sería tanto como admitir que el jugador compulsivo pudiese organizar apuestas sin los permisos correspondientes y sin hacerlo en los lugares donde es autorizado. O bien que el nudista compulsivo tiene derecho a exhibirse en público sin que la autoridad pueda impedirlo.

2. No es lo mismo diferenciar que discriminar. Según lo entienden los detractores de la regulación del tabaco "la igualdad jurídica implica que las autoridades deben tratar a todos sin distinción alguna..."* Nada más falso. Diferenciar es algo necesario, especialmente para la autoridad. La ley distingue entre quienes pagan impuestos y quienes no, y qué tantos impuestos se pagan; la ley distingue entre quienes reciben subsidios y quienes no y no por ello consideramos que discrimine; la ley distingue entre quienes pueden realizar una operación a corazón abierto y quienes no, y no por ello discrimina; la ley distingue entre

quienes pueden consumir alcohol y quienes no, y no por ello discrimina en contra de los menores de edad; la ley distingue entre quienes están autorizados para votar leyes y quienes no, y no por ello es discriminatoria.

El mandato constitucional referente a la igualdad implica que la ley debe distinguir en determinadas circunstancias. En efecto, el principio constitucional obliga a "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales". Si la ley distingue entre quienes están realizando el acto de fumar en un momento dado y quienes no lo están realizando es porque esas dos personas están situadas en posiciones distintas en ese momento: quien fuma en un lugar público y cerrado está afectando la salud de terceros sin su anuencia, mientras que quien no fuma no. En cuanto cesa el acto de fumar, entonces la ley deja de distinguir, pues cesa también la razón por la cual la ley se veía obligada a distinguir: deja de afectarse el derecho fundamental a la protección de la salud consagrado en el Artículo 4o constitucional y en consecuencia deja de haber un motivo para diferenciar la conducta de unos y de otros.

Discriminar es diferenciar injustificadamente y en perjuicio de la persona. Así, para sostener que una medida que diferencia es discriminatoria, habrá que demostrar: i) que la distinción va en perjuicio de la persona y ii) que la distinción es injustificada. El primer elemento resulta sumamente discutible. Por supuesto, se afecta a la persona que fumaría en el corto plazo al frustrar su deseo de satisfacer su "ataque de ansiedad" provocado por querer consumir tabaco, pero en el mediano y largo plazo se le beneficia, pues se le provee el contexto necesario para curar su adicción y se le ayuda a disminuir el daño a su propia salud. Así, es discutible que se satisfaga la primera condición. En cuanto a la segunda condición, referente a la justificación de la distinción, es preciso analizar en detalle los criterios que al respecto ha sostenido la Suprema Corte de Justicia y que se abordan en el siguiente apartado.

3. La diferenciación que establece la Ley para el Control del Tabaco satisface los criterios que la Corte exige para que el trato diferenciado sea constitucional. Estos criterios son particularmente importantes para el argumento en cuestión, pues dan sustancia al derecho a la igualdad y porque al analizarlos resulta irre-

* Anónimo. Opinión jurídica sobre la inconstitucionalidad de la Ley General para el Control del Tabaco. Documento circulado en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en diciembre de 2007, previo a la aprobación del dictamen de la Ley General para el Control del Tabaco. Copia en archivo.

batible que la distinción –entre quien realiza el acto de fumar y quien no lo realiza– satisface cabalmente esos criterios.

A fin de estar en condiciones de analizar adecuadamente si la distinción en cuestión es violatoria de la *Constitución* o no, vale la pena citar *in extenso* el criterio que la Suprema Corte ha establecido al respecto:

“IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de

otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.”

Amparo directo en revisión 988/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

De la cita anterior, tenemos que son tres los criterios que debe satisfacer una distinción establecida por el legislador a fin de considerarse constitucional: a) perseguir un fin constitucionalmente admisible o constitucionalmente consagrado; b) ser un medio apto para la consecución de dicho fin; c) ser proporcional. Si consideramos el caso en cuestión a la luz de estos tres criterios, tenemos que se satisfacen cabalmente:

- a) Fin constitucionalmente válido o constitucionalmente consagrado. La distinción entre quién está fumando y quién no está fumando que establecen las leyes en cuestión persiguen no uno, sino tres fines constitucionalmente consagrados, a saber, tres derechos consagrados en el Artículo 4º de nuestra *Constitución*: el derecho a la protección de la salud, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho de niños y niñas a la satisfacción de sus necesidades de salud. En síntesis, la *Constitución* exige que las distinciones persigan fines constitucionalmente admisibles. Las leyes en cuestión persiguen tres fines –no uno– y estos fines son constitucionalmente ordenados –no sólo admisibles–. El primer criterio queda claramente satisfecho.
- b) La diferenciación o distinción debe ser un medio adecuado para la consecución del fin. La medida adoptada es la de separar los espacios en los que se encuentran personas en el acto de fumar a fin de conservar espacios que no sean contaminados por el humo del tabaco. El humo del tabaco es una sustancia dañina para la salud en cualquier dosis. Esto es, la ciencia nos enseña que no existen dosis seguras de exposición al humo del tabaco. En consecuencia, la única forma de proteger a la salud de las personas expuestas al humo de tabaco ambiental

es eliminar el humo del tabaco del medio ambiente. Si se ha de lograr el fin de proteger la salud de todos y en especial de los niños, habrá que impedir su exposición al humo del tabaco, en la medida de lo posible. Asimismo, la única forma de garantizar un medio ambiente adecuado es asegurar que el medio ambiente no se encuentre contaminado por el humo del tabaco. Para todo ello, es necesario contener el humo del tabaco a fin de que quienes no elijan lastimar su propia salud consumiéndolo no sean expuestos a ello. En ese sentido, la medida adoptada por la Ley se encuentra orientada precisamente a contener el humo del tabaco a fin de evitar la exposición al mismo del medio ambiente y de las personas cuya salud el Estado está obligado a proteger. La medida está claramente orientada a la consecución de los fines constitucionalmente ordenados. Así, el segundo criterio de constitucionalidad también es satisfecho a cabalidad.

- c) Proporcionalidad. Finalmente, queda por determinar si la medida es proporcional en tanto que no afecta innecesariamente los derechos de quien es tratado en forma diferenciada. Ya quedó establecido que para garantizar 1) la protección de la salud de toda persona, 2) un medio ambiente sano y 3) las necesidades de salud de niños y niñas es necesario evitar su exposición al humo de tabaco, en cualquier dosis. La eliminación o contención del humo letal de los espacios públicos cerrados es el mínimo que puede hacer la autoridad a fin de proteger los derechos fundamentales afectados. La tendencia mundial es a proscribir el fumar en espacios públicos, inclusive abiertos como los parques y otros lugares donde frecuentan los niños, o bien cerrados y privados como los automóviles privados cuando viajan en ellos menores de edad. La experiencia internacional pone en evidencia que el legislador mexicano opta por un mínimo dentro de un rango permisible que va mucho más allá de la medida adoptada. Desproporcionada hubiese sido una medida que prohibiera el consumo del tabaco inclusive en lugares privados donde no estén niños.

Así, vemos que la medida no sólo persigue un fin constitucionalmente válido, y sirve como medio para alcanzarlo, sino que además se ubica en el piso de un rango considerable de medidas restrictivas del consumo del tabaco, según nos indica la experiencia internacional.

El "Derecho a Fumar"

El siguiente argumento de los detractores de la regulación del tabaco consiste en argumentar que la regulación

sobre dónde está permitido fumar viola la garantía de no retroactividad de la ley, consagrada en el Artículo 14º constitucional, partiendo de dos afirmaciones: que los fumadores tienen un derecho adquirido, llamado "Derecho a Fumar", y que la modificación de la regulación aplicable al acto de fumar implica una afectación retroactiva a ese derecho.

La tesis del "Derecho a Fumar" ha sido escasamente expuesta en el debate público. Los detractores de la regulación del tabaco hablan de un "Derecho a Fumar" o de "Derechos de los Fumadores" que estiman vulnerados. Sin embargo, el documento anónimo al que se hizo referencia anteriormente, circulado en los días en que se discutía la aprobación de la Ley General para el Control del Tabaco en la Cámara de Diputados, intenta articular dicho "Derecho a Fumar". Por ello, hay que centrarse en el análisis del argumento tal como fue expuesto en ese texto.

La argumentación del texto anónimo se basa en una doctrina –popular entre los litigantes– conocida como de los "derechos adquiridos". Antes que nada es preciso señalar que la doctrina de los derechos adquiridos es eso, una doctrina, cuyo origen está en el análisis dogmático del derecho y en algunos precedentes judiciales. En consecuencia, es importante entender la versión de la doctrina que nuestro autor anónimo ofreció para sustentar su imputación de constitucionalidad. Ahorrando al lector las complejidades técnicas de la doctrina de los derechos adquiridos, se abordará aquí en los términos en los que la ofrece el texto anónimo que sirve de guía en esta sección.

Tras citar distintas versiones de la doctrina, nuestro autor anónimo concluye:

"De las definiciones antes expuestas podemos concluir que:

Derecho adquirido: es aquel que a (*sic*) entrado al patrimonio del gobernado por reconocimiento expreso de la ley y en virtud de este hecho no puede ser afectado ni desconocido ni por quienes intervinieron en el acto ni por disposición legal futura en contrario.

Bajo el amparo de lo antes expuesto debemos entender que todo derecho o facultad que se reconozca aun de manera implícita dentro de cualquier precepto de cualquier cuerpo normativo debe considerarse Derecho adquirido y en el mejor de los casos debe entenderse como un Derecho a secas puesto que surte los mismos efectos que éstos y en el mismo sentido debe ser reconocido y respetado tanto por autoridades como por las leyes posteriores ya que de no ser así se estaría violentando la esfera jurídica del gobernado."*

* Anónimo. *Opinión jurídica...* op. cit.

La definición de derechos adquiridos de nuestro autor anónimo es contradictoria, pues señala con toda claridad que un derecho adquirido debe entrar al patrimonio del gobernado “por reconocimiento expreso de la ley”. Sin embargo, sin hacer reparo alguno en ello, en el párrafo que le sigue sostiene que “debemos entender que todo derecho o facultad que se reconozca aun de manera implícita dentro de cualquier precepto de cualquier cuerpo normativo debe considerarse Derecho adquirido...”

Esto es, en el primer párrafo nos dice que son derechos adquiridos: i) derechos, ii) *explícitamente* reconocidos, iii) en *ley*. En el segundo párrafo, sin embargo, el autor amplía dicho concepto, sin justificar su ampliación, para incluir i) derechos y *facultades* (ya no sólo derechos), ii) *implícitamente* “contenidos” (ya no explícitamente “reconocidos”), iii) en *cualquier disposición* de cualquier cuerpo normativo (esto es, ya no en *ley*, sino en cualquier norma como un reglamento, un bando, un acuerdo, una norma oficial mexicana o inclusive un estatuto).

La ampliación de los derechos adquiridos que pretende nuestro autor anónimo resulta insostenible. Ni los derechos adquiridos pueden “contenerse” “implícitamente” a gusto y criterio del intérprete, ni pueden estar contenidos en cualquier disposición de cualquier tipo de norma (consuetudinaria, reglamentaria, jurisprudencial, etc., sólo deben reconocerse cuando estén plasmados en una norma legislativa). Sostener una noción así de expansiva de la doctrina de los derechos adquiridos sería tanto como decretar la inamovilidad de nuestro orden jurídico, pues cualquier modificación normativa implica una modificación a la esfera de “derechos” o “facultades” “implícitas” o “explícitas” de una forma u otra. La única forma viable de sostener una doctrina así de expansiva de los derechos adquiridos sería dejar de modificar el orden jurídico en su totalidad, pues bajo la versión de la doctrina que propone nuestro autor tendríamos que habría sido inconstitucional prohibir el consumo de la *cannabis*, pues éste habría sido un “derecho adquirido” antes de la década de los años veinte o bien también habría sido inconstitucional establecer vedas para el talado de árboles pues habría un “derecho adquirido” a explotar sin límite el medio ambiente.

Dejando que las contradicciones y el salto lógico en que incurre nuestro autor anónimo hablen por sí solos, se procede a analizar el sustento legal que nuestro autor le da al “Derecho a Fumar” (así, con mayúsculas). Pretende dicho autor que el Artículo 188, Fracción II de la Ley General de Salud da vida al “Derecho a Fumar”. Repasemos lo que establece el artículo:

“Artículo 188. La Secretaría de Salud, los gobiernos de las entidades federativas y el Consejo de Salubridad salud pública de México / vol. 50, suplemento 3 de 2008

General, en el ámbito de sus respectivas competencias, se coordinarán para la ejecución del programa contra el tabaquismo, que comprenderá, entre otras, las siguientes acciones:

I. (...)

II. La educación sobre los efectos del tabaquismo en la salud, dirigida especialmente a la familia, niños y adolescentes, a través de métodos individuales, colectivos o de comunicación masiva, incluyendo la orientación a la población para que se abstenga de fumar en lugares públicos y la prohibición de fumar en el interior de los edificios públicos propiedad del Gobierno Federal, en los que alberguen oficinas o dependencias de la Federación y en aquellos en los que se presenten servicios públicos de carácter federal, con excepción de las áreas restringidas reservadas en ellos para los fumadores.”

El artículo invocado, lejos de hablar (explícita o implícitamente) de un “Derecho a Fumar”, lo que establece es un derecho a recibir educación sobre los efectos del tabaquismo en la salud. El artículo pone en evidencia que la implementación de espacios 100% libres de humo o de separaciones físicas no está introduciendo ninguna restricción novedosa al acto de fumar, sino que sólo está replanteando las modalidades en que operarán en un futuro las restricciones ya existentes (no fumar en lugares prohibidos, ceñirse a lugares designados para fumar cuando existan y procurar abstenerse de fumar en público).

La única diferencia entre las nuevas restricciones y la que ya consagraba el artículo invocado es que, mientras el artículo invocado habla de prohibiciones para fumar en edificios públicos “propiedad del gobierno federal”, las nuevas restricciones establecen dicha prohibición (total o parcial) de fumar dentro de espacios públicos cerrados. Pero esa es una diferencia de grado en la regulación de las modalidades del consumo del tabaco, no implica una diferencia de especie que abrogue un derecho previamente existente.

No habiendo “Derecho a Fumar”, no se puede vulnerar retroactivamente.

*Conflicto de competencias**

La más reciente estrategia adoptada por los detractores de la regulación del tabaco –específicamente de los es-

* Es importante recordar que toda la discusión sobre un posible conflicto de competencias entre la legislación local y la federal asume que la legislación federal, aprobada por el Congreso, será publicada por el Ejecutivo, cosa que no ha sucedido cuando se escriben estas líneas. De no publicarse la legislación federal, la cuestión ni siquiera puede plantearse.

pacios 100% libres de humo– surgió de la oportunidad mediática que representó el que la Ley General para el Control del Tabaco fuese aprobada por la Cámara de Senadores el mismo día en que la Asamblea Legislativa del DF aprobaba las reformas legislativas que harían del DF la ciudad 100% libre de humo más grande del mundo. Las políticas adoptadas en materia de espacios libres de humo por estas leyes son distintas: mientras que en la ley federal se optó por una tibia política de separación física de espacios de fumadores y no fumadores –política que ha sido criticada internacionalmente como ineficaz–, la ley local optó por la política confirmada como la única realmente eficaz por la experiencia internacional.

Esta discrepancia, dicen los detractores, tiene como consecuencia la inconstitucionalidad de la ley local. Presuponen que la ley federal debe prevalecer sobre la ley local. Esta conclusión puede engañar a quien no conoce el sistema de distribución de competencias establecido por nuestra *Constitución*, pues es común la inclinación intuitiva que tenemos todos los que hemos vivido en un régimen centralizado la mayor parte de nuestras vidas a considerar que la legislación federal es de jerarquía superior a la local. Ello, sin embargo, es falso. Para explicar por qué, es preciso abundar un poco sobre nuestro régimen constitucional de distribución de competencias.

La regla general sobre la distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas está plasmada en el Artículo 124 constitucional. Allí se establece un sistema de competencias cerradas y excluyentes en las que las materias que corresponden a un nivel de gobierno, quedan fuera del ámbito de competencias del otro. La materia de salud, sin embargo, se rige por un sistema de competencias distinto al establecido en el Artículo 124. La salud es, como contadas otras en nuestro régimen constitucional, una materia *concurrente*. ¿Qué quiere decir esto? El Artículo 4º de la *Constitución* consagra la protección de la salud como un derecho fundamental y establece a la salubridad general como materia concurrente entre la Federación y las entidades federativas.

“Artículo 4º. (...)

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del Artículo 73 de esta *Constitución*.”

El sistema de competencias concurrentes funciona de la siguiente forma: habiendo establecido el Constituyente que una materia es concurrente, corresponde

al Congreso de la Unión definir la distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno en lo que concierne a la *prestación de los servicios* en esa materia. Dicha distribución debe realizarse mediante una ley (usualmente denominada “ley general”). Con fundamento en la distribución de competencias en materia de prestación de servicios que establezca la ley correspondiente, tanto la Federación como las entidades federativas pueden a su vez legislar la materia. La pregunta relevante es ¿cómo funciona la concurrencia en el ámbito legislativo? Esto es, con independencia de quién presta los servicios vinculados con esa materia, ¿quién tiene facultades para regular los aspectos sustantivos de la materia concurrente?

La interpretación comúnmente aceptada –y que ha sido avalada por la Suprema Corte al resolver cuestiones de educación, otra de las materias concurrentes– es que la legislación federal sirve como piso de regulación, pudiendo las entidades federativas ir más allá de la regulación establecida en la legislación federal, pero no pudiendo regular por debajo de la legislación federal. En particular, tratándose de derechos fundamentales regulados bajo un sistema de facultades concurrentes –como lo es la protección de la salud según lo establece el Artículo 4º constitucional–, las entidades federativas pueden regular las mismas materias reguladas en la ley federal siempre que no vayan por debajo de lo allí establecido en detrimento del gobernado, sino que, avanzando en el sentido marcado por la *Constitución* y la ley general, otorguen una mayor tutela a los derechos fundamentales de que se trate. Así lo estableció la Suprema Corte de Justicia en los criterios que a continuación se citan:

“EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 9º. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE EL ORDEN CONSTITUCIONAL, PUES EL CRITERIO QUE ORIENTARÁ LA EDUCACIÓN QUE IMPARTA EL GOBIERNO DE ESA ENTIDAD ES COINCIDENTE CON DIVERSOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ESTADO ESTABLECIDOS EN LA LEY FUNDAMENTAL.

El Artículo 3º. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, establece el criterio que orientará la educación que imparta el Estado, previendo que será democrático, nacional y contribuirá a la mejor convivencia humana, y señalando cómo se integran y logran esos aspectos; asimismo, del análisis al Artículo 9º. de la Ley de Educación del Distrito Federal, se desprende que, aun cuando incluyen en el criterio que orientará la educación que imparta el gobierno de esa entidad, cuestiones que no prevé o refiere la Norma Fundamental, no es inconstitucional, ya que además de reiterar los principios rectores de la educación que establece el

artículo 3o. constitucional, sin contravenirlos en forma alguna, al añadir otros criterios que regirán la educación local también reitera diversos principios que se contienen en los Artículos 1o., 2o., 4o., 25 y 27 constitucionales, por lo que al ser coincidentes los criterios que orientarán la educación que imparta el Gobierno del Distrito Federal, en términos del Artículo 9o. de la Ley de Educación de la entidad, con los principios rectores del Estado establecidos en el orden constitucional, lejos de transgredirlo, se ajustan a su mandato.”

Controversia constitucional 29/2000. Poder Ejecutivo Federal. 15 de noviembre de 2001. Once votos.

Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

“EDUCACIÓN. EL ARTÍCULO 4o. DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DEL GOBIERNO DE DICHA ENTIDAD DE PRESTAR, ADEMÁS DE LA EDUCACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA, LA PREESCOLAR Y MEDIA SUPERIOR, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 3o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El Artículo 4o. de la Ley de Educación del Distrito Federal que establece la obligación del gobierno de dicha entidad de atender y prestar a todos sus habitantes la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior, no transgrede el Artículo 3o. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, pues si bien es cierto que este precepto fundamental prevé que el Estado debe impartir la educación preescolar, primaria y secundaria, siendo obligatorias sólo las dos últimas; también lo es que de dicho texto constitucional no se desprende limitación alguna para que los legisladores locales puedan establecer, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, la obligación de impartir la preescolar y la media superior; de manera que lo anterior se traduce únicamente en que dichas autoridades se autoimponen una obligación con el reconocimiento a favor de los gobernados de un derecho correlativo, que ocasiona un beneficio a los habitantes de la entidad. Además, si la Norma Fundamental en cita dispone que el Estado impartirá la educación preescolar, primaria y secundaria, es inconcuso que la obligatoriedad de que se imparta por el Gobierno del Distrito Federal la preescolar y la media superior, prevista en el artículo 4o. de la Ley de Educación del Distrito Federal, lejos de transgredir la Constitución Federal, cumple con ella.”

Controversia constitucional 29/2000. Poder Ejecutivo Federal. 15 de noviembre de 2001. Once votos.

Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

De las jurisprudencias citadas podemos resumir que son dos las condiciones que se requieren para considerar constitucional una legislación local que dispone una regulación diversa a la establecida en la ley marco que rige la materia concurrente de que se trate. Primero, que coincida en el sentido de los principios establecidos en la *Constitución* (y la ley marco aplicable); segundo, que agregue a los derechos fundamentales regulados, no los disminuya.

La regulación que establece espacios 100% libre de humo, aprobada por la Asamblea Legislativa del DF satisface ambas condiciones. Primero, resulta acorde con los principios de protección a la salud consagrados en el Artículo 4º constitucional al ampliar los espacios libres de humo de áreas físicamente separadas a espacios 100% libres de humo. Además, la medida resulta a su vez acorde con los fines plasmados en el Artículo 2º de la Ley General de Salud (concretamente los señalados bajo las fracciones III y IV), y con sus objetivos (consagrados en su Artículo 6º, en especial los enumerados bajo las fracciones VII y VIII). Segundo, los espacios 100% libres de humo agregan a la protección de la salud de los no fumadores y de los trabajadores de establecimientos mercantiles por encima de la legislación federal. Por ello, debe estimarse que la legislación local satisface todos los requisitos de validez que la Corte ha establecido para las materias concurrentes.

Conclusiones

La regulación del tabaco cuenta con amplio fundamento constitucional.

Las imputaciones de inconstitucionalidad que la industria tabacalera y otros detractores de la regulación del tabaco han lanzado no están sustentadas en nuestro derecho constitucional.

Las imputaciones de inconstitucionalidad de la regulación del tabaco han variado conforme ha convenido a los intereses de la industria tabacalera. En realidad, constituyen una estrategia de desprestigio mediático más que una auténtica impugnación de constitucionalidad.