

**FUERA DEL RADAR. PODERES INFRA-CONSTITUCIONALES DEL PODER EJECUTIVO:
EL CASO DE LA REGULACIÓN A LA INDUSTRIA TABACALERA EN MÉXICO.***

Alejandro Madrazo Lajous

I. Introducción

Las presidencias cuentan con poderes meta-constitucionales.¹ Esto es, tienen poderes que no emanan de la Constitución, que no están contemplados en el diseño constitucional de nuestros países y que, por ende, no quedan sujetos al sistema de pesos y contrapesos que las constituciones establecen. La existencia de poderes meta-constitucionales fue, durante el siglo XX, el rasgo característico del sistema político mexicano. México es conocido por la importancia y persistencia de dichos poderes. Sin embargo, la presencia y relevancia de poderes meta-constitucionales no es un fenómeno exclusivo a México. Estados Unidos, por mencionar solo un caso, presenta un claro ejemplo de una presidencia expansiva que, a lo largo de la historia, ha extendido su poder real mucho más allá del diseño constitucional.² Hoy en día parece que se expanden y se consolidan las presidencias en todo el continente – desde Bush, hasta Chávez, pasando por Uribe.

* Quisiera agradecer los comentarios y sugerencias de Catalina Pérez Correa y Jorge Contesse. Asimismo, quisiera agradecer a Leonardo Filipini el haberme orientado hacia el ejemplo argentino.

¹ Sobre los poderes meta-constitucionales, refiero al lector al artículo del Dr. Fernando Serrano Migallón en este mismo panel. En México existe abundante literatura sobre el tema. El término (o eufemismo) denomina a los poderes *de facto* de la presidencia mexicana, los cuales más que “meta” constitucionales, parecen *inconstitucionales*. Inclúan la facultad de nombrar al sucesor (“el dedazo”), la facultad de definir candidatos a cargos de elección popular (“el palomeo”) y la facultad de remover a funcionarios públicos (inclusive gobernadores o ministros de la Suprema Corte).

² JOHN ORMAN, *PRESIDENTIAL ACCOUNTABILITY. NEW AND RECURRING PROBLEMS 2-3* (Greenwood Press 1990). En su primer capítulo, Orman habla de la existencia de poderes informales de la presidencia, entre los que incluye persuadir, influir o manipular la opinión pública, el Congreso, la burocracia, los medios, los partidos y la agenda nacional. Orman menciona algunos ejemplos notorios de la expansión meta-constitucional del poder presidencial: las negociaciones secretas de Jefferson buscando adquisición de Luisiana; los desplazamientos forzados de indígenas por Andrew Jackson; las violaciones a las libertades civiles de Abraham Lincoln; la represión a los movimientos laborales de Grover Cleveland; la represión política de Woodrow Wilson; los campos de concentración para ciudadanos de ascendencia japonesa durante la segunda guerra mundial. Podríamos incluir en la lista varias decisiones del gobierno de George W. Bush de dudosa constitucionalidad. Por ejemplo, el reciente escándalo de espionaje a ciudadanos estadounidenses sin previa autorización judicial.

Nos preocupamos por poderes presidenciales que constituyen una capacidad de acción o una influencia desmedidas. El temor es que una figura presidencial fuerte pueda trastocar el sistema político, violentar derechos fundamentales o desdibujar la Constitución. Sustentados en políticas populistas, carisma personal, un partido hegemónico o algún instrumento análogo, los poderes meta-constitucionales se originan en alguna fuente que trasciende a la Constitución – como la costumbre y la cultura políticas. Ubicadas por encima de la Constitución, desde allí amenazan al orden constitucional. Concretamente, estos poderes incluyen la influencia mediática desmedida, el control sobre los poderes legislativo o judicial, el control de gobiernos locales, etc.

Este artículo procura desplazar el enfoque del debate sobre los peligros del poder presidencial. Frente al enfoque meta-constitucional quisiera presentar uno alternativo y, creo, complementario: me refiero a poderes que se ubican por debajo de la constitución y que desde allí la amenazan; poderes que pueden pasar relativamente desapercibidos por la opinión pública, la prensa, la academia y el diseño constitucional. Llámenseles a estos poderes “infra-constitucionales”.³ Siendo poderes de bajo perfil, quedan fuera del radar del control constitucional, ya sea político o judicial. Por su incidencia cotidiana o por su carácter técnico, no reciben el escrutinio público que suscitaría una reacción suficiente de los demás actores políticos y judiciales como para acotarlos. En otras palabras, no contamos con mecanismos efectivos para contrarrestar el ejercicio de poderes infra-constitucionales cuando estos afectan los derechos fundamentales o la normatividad constitucional.

³ Como se ve de los ejemplos complementarios que se presentan aquí, los poderes infra-constitucionales pueden ser extra-constitucionales (como el poder de contratar) o bien establecidos por la propia Constitución (como la facultad reglamentaria).

Los poderes infra-constitucionales no son inconstitucionales en sí. Esto es, su ejercicio no significa, por sí solo, una violación a la Constitución. Tampoco se sustentan más allá de la autoridad constitucional. A primera vista, no parecen amenazar el orden constitucional. Son poderes que, al ejercitarse pueden afectar la normatividad constitucional o los derechos fundamentales en forma importante, pero sigilosa. En gran medida, la efectividad de un poder infra-constitucional se debe a que logra pasar desapercibido. Pero no por ser sigilosas, estas violaciones constitucionales son menos graves.

En este artículo estudio, a través de un caso, el poder de contratar.⁴ El propósito es mostrar lo importante que puede llegar a ser, en términos constitucionales, el ejercicio de un poder infra-constitucional. Como caso concreto ofrezco la regulación de la industria tabacalera en México en años recientes. El grueso del texto consistirá en presentar este caso a manera de ilustrar la importancia que pueden tener los poderes infra-constitucionales (II). Al finalizar el caso mexicano menciono casos similares en Argentina y Chile, con la esperanza de estimular el debate sobre este tema más allá de las fronteras de mi país (III). Finalmente, procuro apuntar algunas consideraciones para iniciar el debate sobre posibles soluciones al problema (IV).

II. El Caso de la regulación al tabaco en México

El 28 de mayo de 2004 el Senado mexicano ratificó el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Dicho convenio representa la culminación de varios años de intenso trabajo a nivel internacional para establecer un piso mínimo de regulación al tabaco, proveer a los países con el marco normativo necesario para controlar la epidemia de tabaquismo y coordinar esfuerzos entre países para enfrentar este grave

⁴ Hay otras acciones del poder Ejecutivo que revisten diferentes formas legales y que puedan ubicarse dentro del rubro de poderes infra-constitucionales, por ejemplo la facultad reglamentaria. Queda pendiente, al estudiar este tema, identificar y estudiar – en la práctica – casos que efectivamente se actualizan

problema de salud pública. El CMCT expresamente alerta sobre de la amenaza que las compañías tabacaleras representan para la lucha anti-tabaquismo y sobre la necesidad de vigilar su conducta.⁵ A pesar de ello el Ejecutivo mexicano no tardó en negociar la regulación del ramo con la industria tabacalera. Cuatro días después de la ratificación, el 1º de junio, el Presidente Fox anunció que el gobierno había llegado a un acuerdo con las principales compañías tabacaleras en México, Philip Morris México (PMM) y British American Tobacco México (BATM).⁶ El acuerdo adquirió forma legal el 18 de junio, con el nombre de “Convenio para ampliar la regulación y normatividad relativas al tabaco” (en adelante el Convenio).⁷

En términos generales, el Convenio aseguró que la regulación de la industria tabacalera en México se mantuviera en el mínimo aceptado (o por debajo del mínimo aceptado) por el CMCT. Asimismo, protege a las empresas firmantes de potenciales competidores en el mercado mexicano. A cambio de ello, la industria tabacalera aporta 4 mil millones de pesos⁸ – a lo largo del sexenio – al principal programa de salud de la administración foxista: el Seguro Popular. La aportación, deducible de impuestos, quedó condicionada a que ni el gobierno federal ni los

⁵ El preámbulo del CMCT dice: “Reconociendo 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,” www.paho.org/Spanish/DD/PUB/sa56r1.pdf

⁶ *La Jornada*, martes 1º de Junio de 2004, “Irás al seguro popular un peso por cada cajetilla de cigarros vendida”.

⁷ Las partes del Convenio fueron BATM, PMM y la Secretaría de Salud (Ssa) - por conducto del Consejo Nacional Contra Las Adicciones (CONADIC) y la Comisión Federal Para La Protección Contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS). El título completo del Convenio Tabacaleras-Ssa es un tanto largo y confuso: “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”. El “Convenio para establecer restricciones adicionales al regulación y legislación vigente para la publicidad, comercialización y leyendas de advertencia de productos de tabaco” al que alude, y que ratifica, el Convenio y fue firmado por las mismas partes el 24 de junio del 2002. Ambos convenios resultan problemáticos a la luz del CMTC, pero por su gravedad, me enfocaré solo en el segundo. http://cofepris.salud.gob.mx/mj/documentos/convenios/Convenio_Tabacaleras.pdf

⁸ Aprox. USD \$400,000,000.00

gobiernos estatales aumentaran impuestos al tabaco. Así, a pesar de que el tabaquismo es una de las epidemias más costosas en términos de salud pública, el gobierno se convirtió en beneficiario directo de las ventas del tabaco.

El Convenio entre las tabacaleras y la Secretaría de Salud (Ssa) genera una serie de problemas jurídicos, políticos y de salud pública para México. El tiempo también ha demostrado que la alianza entre las tabacaleras y sus reguladores es, por decir lo menos, de dudoso beneficio para la salud pública mexicana. Para entender plenamente las implicaciones de este acuerdo, procederé primero, a explicar en qué consistió el Convenio y por qué resultan problemáticas sus disposiciones. Después, señalaré las consecuencias que, hasta hoy, ha tenido dicho convenio.

El Convenio

Las disposiciones del Convenio se pueden agrupar de la siguiente forma:

1. Medidas que regulan la publicidad de las tabacaleras.

Las principales medidas de este tipo establecidas en el Convenio consisten en: a) la inclusión de *insertos* en el 25% de las cajetillas vendidas;⁹ b) la inclusión de una leyenda de advertencia que cubra hasta el 50% de la superficie de la cara trasera de la cajetilla;¹⁰ c) la inclusión de la leyenda “ACTUALMENTE NO EXISTE UN CIGARRO QUE REDUZCA LOS RIESGOS A LA SALUD” en la cara lateral de las cajetillas “[a] fin de asegurar que no se induzca al error al consumidor...”;¹¹ d) la entrega a las autoridades sanitarias y la publicación en las páginas de Internet de la tabacalera de la información relativa a “los ingredientes utilizados” en la elaboración de los productos, aclarando que la entrega y la publicación “respetará la información

⁹ Cláusula Tercera. Los insertos son pequeños papelitos cuyo texto “incluirá recomendaciones a los consumidores para dejar de fumar que establezca la Secretaría de Salud.” *Supra* 7, página 9.

¹⁰ Cláusula Cuarta. *Supra* 7, página 10-11.

¹¹ Cláusula Quinta. *Supra* 7, página 11-12.

confidencial y los secretos industriales”;¹² e) el establecimiento de 35m² como límite superior a la superficie de anuncios espectaculares publicitando el tabaco;¹³ f) la abstención por parte de las tabacaleras de producir dulces, chocolates y otros artículos promocionales dirigidos a los menores;¹⁴ y g) limitar la venta de cigarros por medio de máquinas expendedoras solo a aquellas que “estén instaladas en lugares con acceso limitado a adultos”.¹⁵

Según el Instituto Nacional de Salud Pública, este tipo de medidas resultan “poco efectivas” para combatir el tabaquismo.¹⁶ Además – y esto lo advirtió solo un medio impreso – las principales medidas estipuladas en el Convenio – la prohibición de promocionar la venta de tabaco a menores, el tamaño de la publicidad en espectaculares y las advertencias sanitarias en las cajetillas de tabaco – no eran en realidad nuevas restricciones a la publicidad de las tabacaleras. Todas ellas eran, desde el 2001, medidas de autorregulación adoptadas a nivel internacional por la industria tabacalera.¹⁷

Cuando se contrastan las medidas pactadas entre las tabacaleras y la Ssa con lo establecido por el CMCT, las medidas del Convenio palidecen, cuando no abiertamente violan, el tratado

¹² Cláusula Sexta. *Supra* 7, página 12.

¹³ Cláusula Séptima. *Supra* 7, página 12-13

¹⁴ Cláusula Décima Primera. *Supra* 7, página 14.

¹⁵ Cláusula Décima Segunda. *Supra* 7, página 14-15.

¹⁶ INSTITUTO NACIONAL DE SALUD PÚBLICA, “La epidemia de tabaquismo mata a 31 mil mexicanos cada año; uno de cada cinco adolescentes fuma y la adicción aumenta rápidamente entre las mujeres jóvenes”, documento fechado el 25 de mayo de 2005. Copia en archivo del autor.

¹⁷ David Aponte y Julián Sánchez, “Normas de tabacaleros, base de convenio con Ssa”, *El Universal*, 29 de octubre de 2005; “Salud hizo propios los acuerdos de tabacaleras”, *El Universal*, 29 de octubre de 2005. Según *El Universal* las tabacaleras anunciaron estas medidas como autorregulación en una carta fechada el 11 de septiembre de 2001 y dirigida a Julio Frenk, titular de la Ssa.

internacional. Algunos de los principales arquitectos del CMCT, han señalado las siguientes discrepancias entre la regulación requerida por el CMCT y la establecida en el Convenio:¹⁸

- a) El Convenio establece 35 metros cuadrados de superficie como límite superior para la extensión de los anuncios espectaculares; el CMCT dicta que cada estado parte “procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.”¹⁹
- b) El Convenio requiere la entrega (a las autoridades sanitarias) y la publicación (en los portales de Internet de las propias tabacaleras) de la información relativa a los ingredientes utilizados en sus productos, pero permite que las tabacaleras retengan “información confidencial” y “secretos industriales”, rubros que determinan ellas mismas; el CMCT exige “medidas eficaces para exigir que los fabricantes e importadores revelen a las autoridades gubernamentales la información relativa al contenido y las emisiones de los productos de tabaco” sin dar espacio que las tabacaleras guarden “secretos industriales” o “información confidencial”.²⁰
- c) El Convenio establece que las advertencias en las cajetillas de cigarros cubran *hasta el 50%* de la superficie de la cara posterior y explícitamente establece que no se exigirá que incluyan imágenes; el CMCT exige que las advertencias cubran el 50% *o más* de la superficie expuesta y promueve que contengan imágenes o pictogramas.²¹

¹⁸ JONATHAN SAMET, HEATHER WIPFLI, ROGELIO PEREZ-PADILLA AND DEREK YACH, “México and the tobacco industry: doing the wrong thing for the right reason?” *BMJ* 2006;332;353-354. <http://www.bmjournals.com/cgi/reprintform>. La mayor parte de las discrepancias principales entre el CMTC y el Convenio son tomadas de este artículo.

¹⁹ CMTC, artículo 13, párrafo 2. www.paho.org/Spanish/DD/PUB/sa56r1.pdf. El artículo en cuestión establece un plazo de cinco años para que los estados parte del CMTC adopte las medidas necesarias para hacer efectiva dicha prohibición. Tomando en cuenta que la última cláusula del Convenio establece que es de término indefinido, México estará en franca violación de la letra del CMTC cuando se cumpla ese plazo. Por el momento, únicamente violenta el espíritu del mismo. Asimismo, el artículo 13 del CMTC 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 (*comercial speech*) no está protegido constitucionalmente, no hay motivo para que México no haga efectiva la prohibición total de publicidad.

²⁰ CMTC, Artículo 10.

²¹ CMCT, Artículo 11.

d) El Convenio omite prohibir el uso de términos equívocos como “light” o “bajo en nicotina” y establece que “a fin de asegurar que no se induzca al error al consumidor” se incluya la muy equívoca leyenda “ACTUALMENTE NO EXISTE UN CIGARRO QUE REDUZCA LOS RIESGOS A LA SALUD”; en contraste el CMCT exige que “no se promocioe un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir al error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones” a la vez que prohíbe el uso de “términos, elementos descriptivos, (...) que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto es menos nocivo que otros, por ejemplo expresiones tales como <<con bajo contenido de alquitrán>>, <<ligeros>>, <<ultra ligeros>> o <<suaves>>”.²²

Por otra parte, las otras medidas pactadas en el Convenio (la inclusión de insertos en 1 de cada 4 cajetillas, la abstención de producir chocolates y dulces promocionales, y la (supuesta) restricción a la venta por medio de máquinas expendedoras) no hacen más que reproducir reglas previamente establecidas por la industria tabacalera a nivel internacional como medidas de autorregulación. Así, las medidas que el Convenio establece para la regulación de la publicidad de productos de tabaco resultan una simulación y no un verdadero esfuerzo por “ampliar la regulación y normatividad relativas al tabaco” como lo anuncia el complicado título del Convenio.

2. Aportación monetaria de la industria tabacalera a la Ssa.

“En reconocimiento de los gastos que conlleva la consecución de los objetivos de este convenio” las tabacaleras se comprometen a realizar aportaciones – entre agosto del 2004 y diciembre del

²² CMCT, Artículo 11.

2006 – cuyo monto “depende del volumen de ventas” y que el Convenio estima en 4 mil millones de pesos.²³ “La aportación se aplicará al Fondo para la Protección contra Gastos Catastróficos” del Seguro Popular. Dicho Fondo de gastos catastróficos no cubre ninguna enfermedad relacionada con el tabaquismo.²⁴ Así, la Secretaría de Salud, autoridad encargada de regular a la industria tabacalera y desincentivar su consumo entre la población, se convertía en beneficiaria directa de las elevadas ventas de productos de tabaco.

La aportación, cuyo costeo es transferido al consumidor, queda sujeta a la condición suspensiva que requiere del gobierno establecer la “forma de exención de IEPS e IVA” del monto aportado. Esto es: las aportaciones que hagan las empresas tabacaleras quedan exentas de Impuesto al Valor Agregado (IVA) así como del Impuesto Especial para la Producción y Servicios (IEPS), lo cual representa un subsidio a las empresas tabacaleras de mil 100 millones de pesos – más de la cuarta parte de las aportaciones que, a final de cuentas, costean los consumidores, no las tabacaleras.²⁵

Más grave aún: las aportaciones quedan sujetas a la condición resolutoria “[c]onsistente en que el Congreso de la Unión, el Ejecutivo Federal o cualquier legislatura estatal establezca

²³ Cláusula Décimo Cuarta. *Supra* 7, página 16-17. El cálculo esta hecho conforme a las siguientes reglas establecidas en la misma cláusula. “a partir del 1° de agosto de 2004 a razón de 2.5 centavos de peso m.n. por cigarro enajenado hasta el 31 de diciembre de 2005; a partir del 1° de enero de 2006 a razón de 3.5 centavos de peso m.n. por cigarro enajenado hasta el 30 de septiembre de 2006; y a partir del 1° de octubre de 2006 a razón de 5.0 centavos de peso m.n. por cigarro enajenado hasta el 31 de diciembre de 2006, fecha en que cesarán las aportaciones al Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos.” Cabe aclarar, que esta aportación ha sido publicitada por la Ssa como “un peso por cajetilla”, lo cual es falso, pues el monto equivalente a un peso por cajetilla solo corresponde al último periodo de aportaciones establecido por el convenio: es decir a los últimos tres meses de los 2 años y medio que duran las aportaciones. David Aponte, “Tabacaleras darán a Salud \$1 por cajetilla sólo 3 meses”, *El Universal* 11 de noviembre de 2005. Primera plana, página 1.

²⁴ Las enfermedades que cubre el Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos son: a) Leucemia Linfoblástica Aguda en niños, b) Cáncer Cérvico-Uterino, c) Tratamiento Ambulatorio de VIH/SIDA en niños y adultos, d) Cuidados Intensivos Neonatales.

²⁵ Así lo explicó Stanton Glantz, profesor de UCSF y una de las principales autoridades en control del tabaco. Ruth Idalia Rodríguez, “Exigen a Frenk cancelar acuerdo con tabacaleras”, *El Universal*, 23 de enero de 2006.

contribuciones, aprovechamientos, o cualquier tipo de gravamen fiscal adicional a lo establecido por las disposiciones aplicables vigentes, que incida directamente, en la carga tributaria de las operaciones de producción, enajenación o importación de cigarros.” En otras palabras: ni el Poder Ejecutivo federal, ni el Poder Legislativo federal, ni los poderes legislativos estatales podrán aumentar o imponer cualquier carga fiscal a las tabacaleras, so pena de perder las aportaciones de las tabacaleras.

En junio del 2005, cuando se empezaba a dar a conocer en los medios de comunicación la existencia del Convenio, dos reconocidos editorialistas advertían de los peligros que representa la condición suspensiva en cuestión. Según uno, dicha condición “es aceptar por parte de un órgano del Estado convertirse en negociador del sector privado para que no se aumenten los impuestos bajo el argumento de que entonces se perderían los recursos que les están entregando directamente.”²⁶ El otro reportaba en estos términos: “dos entidades pertenecientes a la Secretaría de Salud (y en su representación) firmaron con empresas tabacaleras un convenio que, en los hechos, convierte a esta dependencia del Ejecutivo en su gestora para evitar el establecimiento de nuevos gravámenes a la producción y consumo de tabaco.”²⁷ Como veremos más adelante, estos augurios resultaron proféticos.

Esta medida resulta particularmente grave si consideramos que el aumento de impuestos es una de las medidas más efectivas para combatir el tabaquismo.²⁸ Tan es así, que el Artículo 6 del

²⁶ Enrique del Val Blanco, “Impuestos al tabaco”, *El Universal*, 2 de junio de 2005.

²⁷ Miguel Ángel Granados Chapa, “Donaciones, no impuestos”, 1º de Junio de 2005.

²⁸ *Supra* nota 16, página 3. El documento en cuestión dice: “La experiencia internacional y nacional demuestra que la estrategia más eficiente para reducir el consumo de tabaco es la combinación de intervenciones:” entre las que incluye “de manera muy importante, una política fiscal saludable que incluya el incremento en los precios por medio de los impuestos.”

CMCT establece que: “Las partes reconocen que las medidas relacionadas con los precios e impuestos son un medio eficaz e importante para que diversos sectores de la población, en particular los jóvenes, reduzcan su consumo de tabaco.” Asimismo, el CMCT dispone: “cada Parte (...) adoptará o mantendrá, según proceda, medidas como las siguientes: a) aplicar la los productos de tabaco políticas tributarias y, si corresponde, políticas de precios para contribuir al logro de los objetivos de salud tendentes a reducir el consumo de tabaco;...”²⁹

Si bien es cierto que el Convenio representa un aumento de precio al consumidor del tabaco y, por ello, desincentiva el consumo, también lo es que el efecto de dicho aumento es marginal, pues representa aproximadamente el 5% del precio por cajetilla y congela allí la posibilidad de usar los impuestos a los productos del tabaco como mecanismo para desincentivar el consumo. Ese porcentaje contrasta con los aumentos propuestos como política para desincentivar el consumo del tabaco.³⁰ El Instituto Nacional de Salud Pública, por ejemplo, propone al menos un aumento del doble pues estima que “el incremento del 10 por ciento en el precio de los cigarros por medio de los impuestos reduciría el consumo en 6.2 por ciento. Una ventaja adicional es que la reducción del consumo es más marcada entre los adolescentes y los jóvenes, cuya sensibilidad a los cambios en los precios es tres veces mayor que en los adultos.”³¹

Así, el Convenio neutraliza una medida potencialmente determinante (por afectar principalmente a la población joven) en la lucha contra el tabaquismo como lo es la política tributaria.

²⁹ CMCT, Artículo 6°.

³⁰ Una cajetilla de Marlboro cuesta en México 20 pesos (aprox. 2 dólares) el día de hoy. El 5% que representa el “peso por cajetilla” que establece como máximo el Convenio contrasta con los aumentos de entre 20% y 90% que se han propuesto desde su entrada en vigor. “Analizan quitar el impuesto a la fructosa”, *El Universal*, 19 de octubre de 2005. “PAN cede sobre el impuesto a cigarros”, *El Universal*, 26 de octubre de 2005.

³¹ *Supra* nota 16, página 3.

Asimismo, adquiere, para las tabacaleras, los servicios del Ejecutivo Federal como gestor ante los órganos legislativos Federal y estatales. Por último, logra un subsidio fiscal de mil 100 millones de pesos sin costo alguno a sus ingresos, pues el “donativo” es costado íntegramente por los consumidores.

3. Medidas que requieren que la Ssa y el gobierno preserven el dúopolio tabacalero.

La contraprestación que la Ssa otorga a la industria tabacalera por las restricciones que la industria tabacalera acepta resultan aún más alarmantes que la simulación de regulación que sanciona el Convenio. La Cláusula Décima Quinta del Convenio establece que:

Las partes se reunirán para determinar la continuidad de las aportaciones y *tomar las medidas que corrijan* los siguientes supuestos:

i. *Que más del 3% del volumen en el mercado nacional de cigarros corresponda a personas físicas o morales dedicadas a la producción y/o comercialización de cigarros distinta (sic) a los Productores y Comercializadores que firman este Convenio* y que a pesar de los mejores esfuerzos de la Secretaría de Salud se rehúsen a firmar el presente instrumento, o bien, que dicho porcentaje se exceda por motivos de contrabando o falsificación; (...).³²

En otras palabras, en contraprestación, la Secretaría de Salud se compromete a acordar con las tabacaleras “medidas que corrijan” que alguna compañía tabacalera ajena al dúopolio PMM y BATM adquiera “más del 3% del volumen en el mercado nacional de cigarros”. Aun cuando en el convenio no se especifica cuáles medidas habrán de acordar las partes, resulta alarmante – no solo para la salud pública sino también para la libre competencia económica – que las empresas dominantes en una industria puedan acordar, mediante un contrato, no solo su propia regulación, sino también las condiciones que deberán satisfacer aquellas empresas que quieran competir en un mercado determinado.

³² Cláusula Décima Quinta. *Supra* 7, página 19.

Por último, el Convenio especifica que “[t]endrá una vigencia indefinida o hasta el momento en que todas sus disposiciones se incorporen en legislación o reglamentación nueva, y sólo podrá ser modificado mediante acuerdo escrito de las partes.”³³ Así, aunque las aportaciones cesan al terminar el 2006, las obligaciones que la Ssa adquiere continúan indefinidamente, hasta que las normas de autorregulación acordadas por la industria tabacalera en 2001 y el compromiso del la Ssa a bloquear la entrada de nuevos competidores queden elevadas a rango de ley o reglamento.

En suma:

1. El Convenio constituye una simulación de regulación a la industria tabacalera en detrimento de las políticas públicas que en la materia se han acordado a nivel internacional – y a las que el gobierno mexicano se ha obligado. En gran medida el Convenio sanciona las medidas de autorregulación acordadas por la propia industria tabacalera en el 2001 a la vez que neutraliza las medidas acordadas por la comunidad internacional mediante el CMCT.
2. El Convenio constituye la captura por parte de la industria tabacalera de su propio regulador. Mediante el Convenio, la industria tabacalera otorga a su regulador una participación proporcional de sus ganancias y el aumento de sus ventas. Así, entre más se extiende el tabaquismo en México, más dinero recibe el Ejecutivo Federal.
3. El Convenio transforma a la Ssa de regulador en gestor frente a los poderes legislativos y en guardaespaldas frente a potenciales competidores.

Esto, en un ramo de la actividad industrial y comercial que según datos la propia Ssa: 1) cobra la vida de un mexicano cada 10 minutos, lo que se traduce en 147 muertes diarias o 53 mil al año;

³³ Cláusula Décima Novena. *Supra* 7, página 10.

2) genera gastos en el sector salud por 29 mil millones anuales, de los cuales 24 mil los absorbe el sector público.³⁴

Problemas constitucionales del Convenio

El Convenio presenta una serie de problemas constitucionales. A continuación presento algunos de estos. En este espacio, me limito únicamente a los problemas de constitucionalidad que representa el Convenio, sin entrar en temas de legalidad o bien directamente de conformidad con el derecho internacional.

1. **Artículo 4º constitucional (derecho a la salud).** El artículo 4º constitucional establece que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.” El grave riesgo a la salud que representa el tabaquismo,³⁵ la claridad de las políticas requeridas para combatirlo conforme a los instrumentos internacionales aceptados por México y la enorme distancia entre los estándares internacionales y la normatividad acordada entre la industria tabacalera y la Ssa mediante el Convenio implican una violación de la garantía constitucional en referencia.³⁶

2. **Artículo 6º constitucional (derecho a la información).** La Constitución mexicana establece en su Artículo 6º que “el derecho a la información será garantizado por el Estado.” Este derecho

³⁴ *Reforma*, “Mueren en México 147 al día por fumar”, 30 de mayo de 2005.

³⁵ El presidente Fox reconocía en 2002 la gravedad de la epidemia: 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%. En “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.

³⁶ La formulación constitucional mexicana del derecho a la salud implica una obligación positiva por parte del Estado: todas las personas tenemos derecho a la protección de la salud. Una interpretación demasiado amplia de este derecho llevaría al absurdo de requerir del Estado a proveer todos los servicios de salud que cada individuo necesite, lo cual claramente rebasarían la capacidad del Estado. En este caso, sin embargo, una interpretación mucho más limitada: no se requieren grandes gastos del Estado, sino de una adecuada regulación al tabaco que garantice las condiciones básicas necesarias para minimizar riesgos y proteger del tabaquismo a la población en riesgo. En todo caso, el derecho a la protección de la salud requiere, al menos, que el gobierno se abstenga de colaborar con la industria tabacalera para minimizar los efectos de la regulación internacional al tabaco.

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 interés general” requiriendo que la información a consumidores “sea veraz y no induzca al error”.³⁷ Asimismo, la Suprema Corte ha interpretado el Artículo 6° a de tal forma que requiere se informe al consumidor sobre los beneficios y riesgos de consumir un producto.³⁸

Como lo han señalado expertos en materia de salud,³⁹ el Convenio permite a las tabacaleras guardar información que, de acuerdo con sus propios criterios, sea considerada como secreto industrial o información confidencial, privando así 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 de cumplir con la obligación de garantizar el derecho a la información. Como mínimo, en mi opinión, el Estado debería de exigir a las tabacaleras *toda* la información sobre los ingredientes utilizados en la elaboración de sus productos y ser el propio Estado quién decida cuál información es de interés general y cuál es secreto industrial o bien información confidencial.⁴⁰

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ *Supra* nota 18.

⁴⁰ La determinación de las medidas concretas que la Ssa debiera adoptar para garantizar, por una parte, el derecho al acceso a la información pública de la ciudadanía y, por otra parte, los derechos de privacidad y secreto industrial de las tabacaleras ameritan una discusión pausada y bien informada. Seguramente existen criterios y parámetros establecidos en la experiencia internacional sobre este tipo de problemas y su consulta enriquecería esta discusión. Desafortunadamente, por razones de economía, no es aquí el espacio dónde sería óptimo analizarlo este tema.

Por otra parte, el requisito de que la información que se provea a consumidores sea veraz y no induzca al error es claramente violentado por la Cláusula Quinta del Convenio: la leyenda “ACTUALMENTE NO EXISTE UN CIGARRO QUE REDUZCA LOS RIESGOS A LA SALUD” lejos de informar al consumidor de forma veraz y sin inducir al error, parece cuidadosamente diseñada para confundir al consumidor y provocar en él la falsa percepción de que existe la posibilidad de que exista un cigarro que reduzca los riesgos a la salud. En todo caso omite transmitir el mensaje de que *todos* los cigarrillos dañan a la salud.

Finalmente, los insertos dejan mucho que desear: su medida “oscilará entre 38x63mm y 50x76mm”, 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. Además sus advertencias incluyen leyendas como “Hay buenas razones para dejar de fumar” y “Conviene dejar de fumar”, las cuales difícilmente transmiten el mensaje que el tabaquismo constituya una epidemia de grandes dimensiones y fatales consecuencias.⁴¹

3. Artículo 28 constitucional (prohibición de monopolios). 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 competencia al mercado o la libre competencia entre sí.⁴²

⁴¹ Cláusula Tercera y Anexo Uno, *Supra* nota 7.

⁴² 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.

La condición suspensiva establecida en la Cláusula Décima Cuarta, requiriendo se determine “la deducibilidad para realizar aportaciones al Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos” es claramente una exención que favorece no a un ramo industrial, sino a dos compañías específicas y constituye un privilegio establecido como contraprestación en una transacción directa con el gobierno y no resulta una norma general.

Por otra parte, la obligación constitucional de las autoridades de perseguir “con eficacia (...) todo acuerdo para evitar la libre competencia...” resulta difícilmente compatible con la Cláusula Décima Quinta del Convenio. Como sabemos, dicha cláusula establece que las partes – PMM, BATM y la Ssa – decidirán conjuntamente las medidas a tomarse en caso de que algún competidor de PMM y BATM llegara a cubrir más del 3% del mercado de cigarrillos mexicanos. En otras palabras, la Ssa explícitamente se obliga a “corregir” la incursión significativa de los competidores de PMM y BATM en el mercado tabacalero. Así, el Ejecutivo incumple con una obligación constitucional y, peor aún, se obliga a participar en la ejecución de las “prácticas monopólicas” explícitamente prohibidas por la Constitución.

4. Artículo 73, fracción VII. La Constitución, en su artículo 73 establece como facultad del Congreso de la Unión el “imponer las contribuciones necesarias a cubrir el Presupuesto”. En

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, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí 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. (...)” La naturaleza adictiva del tabaco constituye una buena razón para considerarlo un artículo de necesidad para los adictos al mismo.

primer lugar, la condición suspensiva establecida en la Cláusula Décimo Cuarta constituye, materialmente, una usurpación de funciones del Ejecutivo al Legislativo Federal y a los locales. El Ejecutivo logró, por medio de este Convenio, circunnavegar al Congreso pues obtiene recursos para la Secretaría de Salud sin someterlos al control, discreción y fiscalización del Legislativo.⁴³ Así lo declaró el propio 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* (...); ¿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.⁴⁴

En segundo lugar, la condición suspensiva implica – además de la invasión de esferas de competencia mencionada en los párrafos anteriores – una obstrucción indebida al normal ejercicio de los poderes constitucionales de los poderes legislativos. Por supuesto, el Ejecutivo no puede, legalmente, impedir que los legislativos impongan gravámenes, mucho menos comprometer su poder constitucional para hacerlo. Pero el contexto y los efectos concretos que el Convenio ha tenido sobre la capacidad impositiva del Estado sugieren lo contrario: que el Ejecutivo sí puede comprometer los poderes constitucionales de los legislativos de imponer impuestos.⁴⁵ Como se verá más adelante, el Convenio influyó de manera importante en la actuación del Legislativo. En los hechos, la Ssa definió la política fiscal relativa al tabaco antes que – y por encima de – el Legislativo.

⁴³ De aumentarse el impuesto a los cigarros, los fondos obtenidos hubieran quedado a disposición de la Cámara de Diputados, órgano facultado para establecer el Presupuesto de Egresos de la Federación. Así, el dinero hubiera quedado sujeto al control y adjudicación por parte del Legislativo, situación que el Ejecutivo buscaba evitar.

⁴⁴ “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. Énfasis mío.

⁴⁵ Formalmente la Ssa no puede impedir que el Legislativo aumente impuestos. Sin embargo, en un contexto en el cual no habiendo reelección legislativa, difícilmente existe una carrera legislativa profesional y menos aún especialización legislativa, la posición de la Ssa como experta en la materia resulta desproporcionadamente influyente en la decisiones del Congreso.

5. **Artículo 133 constitucional.** 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”⁴⁶. Así, el CMCT queda incorporado a la legislación nacional⁴⁷, independientemente de las obligaciones que a nivel internacional genera. Por ello, al transgredir el CMCT⁴⁸, el Convenio viola también la jerarquía normativa establecida por la propia Constitución.

El Convenio implica la transgresión de los artículos 4º, 6º, 28º, 73º y 133º de la Constitución. Esto es, el Convenio entra en conflicto con a) el derecho a la salud; b) el derecho a la información; c) la libre competencia económica, d) la independencia del poder Legislativo frente al Ejecutivo; e) la división de poderes, específicamente, la facultad exclusiva del Legislativo de imponer contribuciones fiscales; y finalmente f) la jerarquía normativa establecida por la Constitución.

Crónica de una gestión anunciada

El CMCT fue ratificado por el Senado el 28 de mayo de 2004. El Convenio Tabacaleras-Ssa fue anunciado por el Presidente Fox el 1º de junio del mismo año y firmado el 18 del mismo mes. El 27 de febrero de 2005 entró en vigor el CMCT,⁴⁹ iniciando así formalmente la obligación del Estado mexicano a darle debido cumplimiento. El 30 de mayo de 2005, con motivo de la

⁴⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. “Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Secciones 1. y 2. del apartado El Convenio.

⁴⁹ “Entró en vigor el convenio global contra el tabaquismo”, *La Jornada*, 28 de febrero de 2005.

celebración del Día Mundial sin Fumar, empezaron a difundirse voces opuestas al Convenio. Mauricio Hernández, director del Instituto Nacional de Salud Pública “calificó como errónea la estrategia de negociación y señaló que incluso resulta violatoria del Acuerdo Marco para el Control del Tabaco”⁵⁰, esto es del CMCT. Ese mismo día, un grupo de jóvenes miembros de un naciente partido político (Alternativa Socialdemócrata y Campesina) se manifestaron frente a la Secretaría de Salud para protestar el Convenio.⁵¹ En respuesta el “Secretario de Salud, Julio Frenk, defendió (...) la estrategia de negociación con las tabacaleras y negó que existan privilegios especiales para ese tipo de empresas.”⁵²

El tema desapareció de los medios durante algunos meses. Más tarde, en octubre de 2005, en las semanas en que se discutía el Presupuesto de Egresos y la miscelánea fiscal para el año 2006 los partidos Acción Nacional (PAN) y Verde Ecologista de México (PVEM) – el primero de ellos el partido del Presidente Fox – presentaron una iniciativa para incrementar los impuestos al tabaco.⁵³ Una de las propuestas consistía en incrementar el impuesto al tabaco del 110% al 200% y la otra consistía en hacer del “peso por cajetilla” estipulado en el Convenio un impuesto exigido por ley. El 20 de octubre la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados aprobó un dictamen en el que se elevaba el Impuesto Especial para la Producción y Servicios (IEPS) a los tabacos de 110% a 130% (un incremento menor comparado con el aumento originalmente propuesto).⁵⁴ El 25 de octubre, la diputación federal del PAN anunció un cambio de postura: decidió no aprobar el aumento de 20% al tabaco ni tampoco convertir la aportación de “un peso

⁵⁰ “Dan un peso por privilegios”, *Reforma*, 30 de mayo de 2005. “Condenan investigadores negociación”, *Reforma*, 31 de mayo de 2005.

⁵¹ “Legisladores violan norma: Frenk”, *El Universal*, 31 de mayo de 2005.

⁵² “Defiende Frenk convenios con tabacaleras”, *Reforma*, 31 de mayo de 2005.

⁵³ “Descartan subir IVA e ISR en la miscelánea fiscal”, *El Universal*, 14 de octubre de 2005.

⁵⁴ “Tabaco y cerveza, con más impuestos”, *El Universal*, 21 de octubre de 2005.

por cajetilla” en ley.⁵⁵ La decisión sorprendió por haber sido el PAN uno de los partidos en proponer el aumento originalmente. Más aún, el tema cobró importancia mediática cuando el diputado panista Miguel Ángel Toscano acusó que “legisladores de su bancada y de otros partidos fueron presionados o convencidos para votar en contra del incremento al impuesto al tabaco a cambio de viajes todo pagado a diferentes países del mundo.”⁵⁶ Declaró: “Las tabacaleras ganaron, ganó la compra de conciencias.”⁵⁷

Al día siguiente de que el diputado Toscano acusara públicamente a las tabacaleras de sobornar legisladores, el Secretario de Salud, Julio Frenk se pronunciaba en contra del aumento al impuesto al tabaco propuesto para la miscelánea fiscal de 2006. Entrevistado unos minutos antes de entrar a una reunión de trabajo en la Comisión de Salud en la Cámara de Diputados, el secretario Frenk alentó a los diputados a rechazar el aumento propuesto. A pesar de reconocer que “como política de salud, el elevar los impuestos es la mejor forma de evitar que los jóvenes en riesgo de fumar se desaliente el consumo”⁵⁸ (sic) el secretario de Salud argumentó que sería un error subir los impuestos al tabaco pues de hacerlo se perderían las aportaciones que la industria tabacalera hacía a la Ssa

por la sencilla razón de que si elevamos los impuestos no se pueden dirigir y etiquetar al sistema de salud, porqué, porque la Constitución Política prohíbe dirigir y etiquetar los impuestos. Y segundo, porque como se maneja como impuestos se vuelve distribuible (sic) a las entidades federativas, entonces ahí se siguió una estrategia complementaria distinta, que fue negociar una aportación de la industria tabacalera al Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos, ...⁵⁹

⁵⁵ “PAN cede sobre el impuesto a cigarros”, *El Universal*, 26 de octubre de 2005.

⁵⁶ “Acusan a cigarreras de soborno y de ‘comprar las conciencias’”, *El Universal*, 26 de octubre de 2005.

⁵⁷ “PAN cede sobre el impuesto a cigarros”, *El Universal*, 26 de octubre de 2005.

⁵⁸ *Versión de la entrevista al secretario de Salud, Doctor Julio Frenk Mora, previa a la reunión de trabajo con la Comisión de Salud de la H. Cámara de Diputados*. http://www.salud.gob.mx/ssa_app/noticias/datos/2005-10-26_17455.html. Nótese que el secretario habló en pretérito, siendo que el Pleno de la Cámara de Diputados no rechazaría el aumento al impuesto sino hasta el día siguiente.

⁵⁹ *idem*.

Así, el secretario de Salud simultáneamente reconocía que elevar los impuestos es la política pública más deseable para combatir el tabaquismo y argumentaba que los diputados debían de abstenerse de hacerlo pues echarían abajo el Convenio que la Ssa había firmado con la industria tabacalera. Además, reconocía explícitamente que el objetivo que perseguía la Ssa con el Convenio era salvar el obstáculo constitucional al establecimiento de gravámenes etiquetados. Al día siguiente, el pleno de la Cámara de diputados echó abajo el dictamen donde se proponía aumentar el impuesto al tabaco.

Desde entonces, el Convenio ha sido criticado dentro y fuera de México. En especial, las críticas se dejaron oír en la conferencia de los Estados parte del CMCT que se llevó a cabo del 6 al 17 de febrero de este año en Ginebra, Suiza.⁶⁰ En particular, un artículo editorial publicado en el *British Medical Journal* el 11 de febrero de 2006 en que se argumenta que el Convenio viola el CMCT alertó a la comunidad de salud pública internacional sobre la gravedad del acuerdo entre el Ejecutivo mexicano y las tabacaleras.⁶¹ En respuesta a las críticas el “secretario de Salud, Julio Frenk Mora, calificó de ‘arrogancia imperialista’ los artículos publicados en una revista científica norteamericana (sic) en los que critican la política antitabaco mexicana.”⁶² Desde entonces, el tema ha desaparecido de los medios.⁶³

⁶⁰ “ONG creen que tabacaleras buscan entrapar Convenio contra el Tabaco”, *El Mostrador*, 9 de febrero de 2006, www.elmostrador.cl; “Políticas de salud en México violan el tratado contra el tabaco, acusan ONG”, *La Jornada*, 10 de febrero de 2006. Carolina Gomez Mena, “Acto de simulación, las restricciones que se aplican a la industria tabacalera”, *La Jornada*, 13 de febrero de 2006.

⁶¹ *Supra* nota 18. Los argumentos centrales del artículo los he reproducido aquí. Ver también Angeles Cruz Martínez, “Crítica revista científica británica acuerdo entre Ssa y tabacaleras”, *La Jornada*, 12 de febrero de 2006.

⁶² “ ‘Arrogancia imperialista’ las críticas a política antitabaco: Frenk”

⁶³ Este artículo se terminó en los últimos días de marzo de 2006. Seguramente en mayo, alrededor de la celebración del día internacional sin tabaco habrá más noticias que reportar.

El Convenio entre las tabacaleras y la Ssa ha salido a la luz pública por razones coyunturales. A nivel nacional, la mayor cobertura en medios sobre el tema se ha centrado en la acusación de corrupción que el diputado panista Miguel Ángel Toscano hizo a sus colegas. Al no contar con una denuncia formal, las acusaciones del diputado Toscano han pasado del escrutinio mediático y con ellas el tema de las políticas antitabaco de la Ssa. A nivel internacional, México es criticado entre la comunidad dedicada a la salud pública, sin que esto repercuta en las políticas adoptadas por el gobierno mexicano. A la fecha, el CMCT sigue vigente, el Convenio entre PMM, BATM y la Ssa sigue en pie, la Ssa recibe su aportación monetaria en función de las ventas de tabaco en México, la regulación de la industria tabacalera sigue al mínimo y los impuestos al tabaco no han podido aumentarse.

III. Otros ejemplos de poderes infra-constitucionales

Lo que me interesa en este artículo no es llegar a una definición de “poderes infra-constitucionales” (asunto que, en todo caso, se irá refinando al discutir los casos concretos). Más bien, mi objetivo es invitar a la lectora a dirigir la mirada hacia los actos relativamente ordinarios del Ejecutivo que normalmente no se presentan como una amenaza al orden constitucional. Para ello, hago referencia a otros ejemplos que podrían servir para abundar en la discusión. Así, presentaré un caso más en el que el Ejecutivo violenta un derecho fundamental mediante el ejercicio del poder de contratar. Después, presentaré dos casos en que la transgresión constitucional deriva del ejercicio de un poder del Ejecutivo consagrado en la propia Constitución: la facultad reglamentaria.

La “censura sutil” en Argentina. La Asociación por los Derechos Civiles en Argentina reporta como, utilizando la compra de publicidad oficial como mecanismo de presión, la administración

pública en Argentina a desarrollado una práctica de “censura sutil” a los medios de comunicación.⁶⁴ La práctica consiste en castigar a críticos y premiar a medios amigables mediante la contratación o retiro de publicidad oficial. Funcionarios gubernamentales presionan a dueños y directivos de medios para marginar voces críticas e inclusive para tratar asuntos específicos de determinada manera. Esta es una práctica común en los diversos niveles de gobierno, pero resulta particularmente nociva para los medios locales donde el 75% de sus ingresos llega a depender de la publicidad oficial.⁶⁵ Según el reporte de la ADC, la asignación de publicidad oficial es normalmente centralizada y discrecional. Además para efectos prácticos queda libre de control efectivo de otros actores gubernamentales.⁶⁶

La censura sutil representa un magnífico ejemplo de los poderes infra-constitucionales que me preocupan. El poder de contratar publicidad es en los hechos un poder discrecional de la administración pública que normalmente pasa desapercibido por los mecanismos de control constitucional. En este caso, el ejercicio tan cotidiano de este poder mina seriamente la libertad de expresión, no solo un derecho fundamental, sino un derecho de particular importancia para el funcionamiento mismo de la democracia y del gobierno constitucional.

La privatización de la electricidad en México. La privatización de la producción de energía eléctrica ha sido, desde mediados de los años 90, uno de los temas más politizados en México. El

⁶⁴ ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, Una Censura Sutil (Open Society Institute 2005). <http://www.adc.org.ar/home.php>.

⁶⁵ *Id.* p. 12.

⁶⁶ “La responsabilidad para la contratación de servicios de publicidad está típicamente centralizada en una oficina, o incluso un funcionario, quien suele tener discrecionalidad completa o excesiva en la decisión de cuánto asignar y dónde. Incluso – como en el caso de Córdoba – donde existen reglamentaciones básicas, parecieran ser sistemáticamente ignoradas o evadidas, y poco sirven para limitar las prácticas abusivas. Los mecanismos internos y externos de control, incluyendo los tribunales de cuentas, han sido absolutamente ineficaces para evitar la manipulación de la publicidad.” *ibidem*.

ramo se encuentra constitucionalmente reservado al Estado (Artículos 25, 27 y 28). A finales de los noventa fracasó una reforma constitucional que buscaba permitir la inversión privada. En el 2001, el Presidente Fox intentó abrir la industria eléctrica a la iniciativa privada. En lugar de proponer una reforma constitucional – que difícilmente hubiera corrido con mejor suerte que la anterior – Fox reformó el reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica,⁶⁷ evitando así la necesidad de lograr los apoyos necesarios para llevar a cabo el complejo proceso de reforma constitucional. Mediante el ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada en el Artículo 89, fracción I de la Constitución, Fox pretendía neutralizar la reserva constitucional del ramo energético como actividad estratégica y exclusiva del Estado.

En este caso, el intento presidencial de circunnavegar los procesos de reforma constitucional fracasó. Pero, fracasó apenas. Una serie de obstáculos procesales fueron salvados con dificultad por quienes se oponían a reformar el sector eléctrico y llevaron el caso ante la Suprema Corte.⁶⁸

⁶⁷ Modificando o eliminando los límites superiores de electricidad de las modalidades bajo las cuales un privado puede generar electricidad para el autoconsumo, la reforma al Reglamento abrió la puerta a que la iniciativa privada produjera electricidad a gran escala y la vendiera al gobierno.

⁶⁸ El primer problema para quienes se oponían a la reforma se presentó por un tema de legitimación: las entidades directamente afectadas, la Comisión Federal de Electricidad y Luz y Fuerza del Centro – las dos empresas públicas encargadas del servicio público de energía eléctrica – responden directamente al Presidente de la República y, en consecuencia, no estaban dispuestas a impugnar el nuevo reglamento recién expedido por su superior jerárquico. Así, no había legitimación activa para intentar un juicio de amparo. Finalmente, el conflicto fue llevado ante la Suprema Corte gracias a que la Comisión Permanente del Congreso tomó cartas en el asunto: argumentando que el reglamento transformaba sustancialmente la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica de 1975 y por ello constituía una invasión de la esfera de facultades constitucionales del Legislativo por parte del Ejecutivo, la Comisión Permanente presentó una controversia constitucional. La mayoría en la Comisión Permanente necesaria para presentar la controversia incluyó a miembros del partido del presidente Fox (PAN). De haber estado el Congreso en sesiones, no queda claro que la bancada del PAN hubiese apoyado la iniciativa de impugnar el Reglamento. Así, la coyuntura legislativa determinó que el caso se llevara ante la Suprema Corte. Vale la pena señalar que el argumento central de la Comisión Permanente era arriesgado, pues la Ley que la Comisión invocaba resulta, a su vez, contraria a la reserva Constitucional de la materia eléctrica. No queda claro que existe contradicción entre la Ley y el Reglamento y por lo tanto no queda claro que haya habido invasión de esferas, (conjugó en presente pues la cuestión no fue resuelta por la sentencia de la Suprema Corte) supuesto que – hasta entonces – se consideraba necesario para que prosperara la controversia constitucional. La ley nunca había sido impugnada y por ello su constitucionalidad nunca había sido puesta en cuestión. Al resolver el caso, la Suprema Corte muy oportunamente se negó a estudiar el tema de la constitucionalidad de la ley misma.

La legitimación activa de la parte demandante fue fuertemente discutida en el juicio.⁶⁹ La sesión de la Suprema Corte tuvo que ser suspendida y postergada pues no había la mayoría calificada necesaria – 8 de 11 ministros – para resolver una controversia constitucional.⁷⁰ Finalmente, la reforma al reglamento fue anulada por la Suprema Corte, pero la resolución fue poco clara y la Corte no esclareció cuáles eran las bases para declarar la inconstitucionalidad.⁷¹ El caso pone de manifiesto lo difícil que es controlar el actuar del Ejecutivo a raíz de los requisitos procesales que existen en el derecho mexicano: la legitimación activa es restringida, los procesos constitucionales requieren de mayorías calificadas en la Suprema Corte de Justicia y los supuestos que dan acceso al control de la constitucionalidad son, en muchos casos, estrechos.

El derecho a la información en Chile. A través del ejercicio de la facultad reglamentaria, el Ejecutivo chileno ha obstaculizado el derecho a la información al grado de nulificarlo en la práctica. Según explica Jorge Contesse,⁷² en 1999 el derecho fundamental de acceso a la información se incorporó al sistema jurídico chileno.⁷³ La ley de la materia delega al Ejecutivo la

⁶⁹ El debate giró en torno a si la Comisión Permanente del Congreso tenía legitimación activa para interponer una controversia constitucional.

⁷⁰ Si una controversia constitucional en contra de una norma general no reúne una mayoría calificada de 8 votos, el caso queda sin resolverse. En este caso, el Reglamento hubiera quedado vigente. A última hora la Ministra Olga Sánchez Cordero cambió su voto sin mayor explicación y así se reunieron los 8 votos necesarios.

⁷¹ La pluralidad la conformaron tres opiniones distintas: el voto concurrente aceptaba el argumento de la Comisión Permanente en el sentido de que el Reglamento constituía una invasión a las competencias del Legislativo; la opinión que quedó como mayoritaria desechaba el argumento de la Comisión Permanente y, en su lugar, contrastaba el Reglamento directamente con los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución, encontrando que el reglamento transformaba el régimen establecido por la Constitución. Finalmente, queda el extraño voto de la Ministra Sánchez Cordero quien se adhirió a los puntos resolutivos sin adoptar ninguno de los argumentos de fondo pasados en los considerandos de ambos votos. Controversia Constitucional 22/2001 en <http://www.seadj.scjn.gob.mx/sentencias/sentencias.aspx>.

⁷² Jorge Contesse Singh, “La opacidad del administrador y la indulgencia judicial: Jurisprudencia y práctica sobre acceso a la información pública en Chile” en LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CHILE (Felipe González, ed.) (Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales 2006).

⁷³ El autor explica que, junto con la incorporación legal expresa, se produjo una inclusión “constitucional” por medio, primero, de la interpretación que el Tribunal Constitucional ha dado al artículo 19, numeral 12 de la Constitución chilena (que consagra la libertad de información), y, en segundo lugar, a través de la adhesión de Chile a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 13 consagra el derecho a la información, así como al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19. La ley que incorporó el derecho de acceso a la información establece que este derecho puede ser denegado legítimamente, entre otras causales, por

facultad de establecer, en reglamento, los casos de secreto o reserva de “documentación y antecedentes”. Mediante el Decreto Supremo N° 26, el Ejecutivo chileno, al reglamentar el acceso a la información, afectó sustantivamente la posibilidad de ejercer dicho derecho. En primer lugar, extendió los casos de reserva y secreto a los *actos* administrativos, no solo a “documentos y antecedentes” (como disponía la ley). Además, los criterios que el Decreto marcó para determinar la legítima denegación del derecho a la información fueron de una amplitud tal que “en definitiva, el flamante derecho de acceso a la información (...) qued[aba] reducido a su mínima expresión.”⁷⁴ Finalmente, el reglamento deja en manos del Jefe Superior de Servicio determinar la clasificación de un acto o un documento como secreto y reservado. Con ello la posibilidad de ejercer efectivamente un derecho fundamental para un sistema democrático, queda sujeto a la discreción de la administración pública.

Lo más importante del caso chileno es que el control efectivo del actuar del ejecutivo no resultó ser ni Congreso, ni la judicatura (al contrario, “[l]a deferencia judicial en la materia ha sido demasiado persistente.”⁷⁵). En un epílogo al artículo en referencia se nos informa que fue la presión ejercida por las organizaciones ciudadanas la que empujó al propio Ejecutivo a buscar remedios a la situación.

IV. ¿Qué hacer?

No busco, en este trabajo, formular soluciones al problema del ejercicio de los poderes infra-constitucionales. Mi propósito es, fundamentalmente, articular tentativamente el problema. Mi

reserva o secreto establecido en leyes o reglamentos y especifica que “los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del estado’ serán determinados por uno o más reglamentos”. También señala que dicha delegación a un reglamento de la determinación de qué constituye secreto o reserva viola el artículo 30 de la Convención Americana que requiere que los derechos y garantías allí consagrados se reglamenten por los países mediante *leyes*, no reglamentos. Por ser el tema de este trabajo el ejercicio materialmente contrario a la constitución de la facultad reglamentaria del Ejecutivo y no de la facultad legislativa del Legislativo, no exploraré este problema, pero parece justo simplemente señalarlo.

⁷⁴ *Id.* p.113.

⁷⁵ *Id.* p. 115.

meta, por el momento, consiste en iniciar un debate sobre los peligros a la constitucionalidad que se esconden debajo del ejercicio cotidiano de facultades ejecutivas en tiempos de relativa normalidad constitucional.⁷⁶ A fin de iniciar la discusión, en esta última sección me propongo esbozar algunas ideas generales sobre las lecciones que, en mi opinión, aporta el estudio de caso.

Lo primero que llama la atención de este caso es que el Convenio adquirió notoriedad pública por razones coyunturales. Durante un año – de junio del 2004 a mayo de 2005 – la colusión entre las autoridades de salud y las grandes empresas tabacaleras pasó prácticamente desapercibida. El poder del Ejecutivo para celebrar convenios, ejercido en detrimento de la Constitución, quedó fuera del radar de la opinión pública y de los controles políticos y judiciales. Fueron la protesta pública y la vinculación con un escándalo de corrupción legislativa que le dieron proyección en los medios a este caso. Ya en los medios, el Convenio ha sobrevivido sin que asome algún tipo de control político o judicial.

Esto sugiere dos cosas. Primero, que algo está fallando con el radar de los controles políticos y judiciales al Ejecutivo: ni el Legislativo ni el Judicial han tomado cartas en el asunto. Segundo, que el monitoreo ciudadano constituye un importante mecanismo de control político: si los miembros del Partido Alternativa Socialdemócrata y Campesina – entonces simples activistas políticos – no hubieran dado a conocer el Convenio y sus vicios, es posible que el tema hubiese pasado desapercibido.

⁷⁶ Mi esperanza es que, de este foro, obtendré aportaciones importantes para poder avanzar el tema. Antes que nada, busco más y mejores ejemplos del ejercicio inconstitucional de los poderes infra-constitucionales. Después, invito las críticas y comentarios a fin de afinar mi comprensión del problema y de sus distintos aspectos. Finalmente, guardo esperanzas que las experiencias del resto del continente contribuirán a encontrar posibles soluciones al problema, tal como lo enfrentamos en México.

Las fallas de los controles al Ejecutivo son muchas y muy variadas. En su nivel más básico el problema, al menos en México, refleja un entendimiento de la constitucionalidad y de su control de una cultura política fundamentalmente cerrada a la participación ciudadana. La premisa básica del diseño de los controles constitucionales en México es el de control entre pares. Esto es, por regla general la fiscalización de un actor político o gubernamental la realiza otro actor político o gubernamental. Los límites a los poderes públicos se hacen efectivos mediante roces horizontales entre ellos mismos.

La justicia constitucional mexicana – aún después de su reforma en 1995⁷⁷ – es un claro ejemplo de ello. Por una parte, el principal procedimiento constitucional al que tiene acceso la ciudadanía – un juicio de amparo extremadamente limitado – resulta insuficiente para salvaguardar las garantías constitucionales en forma efectiva. En el juicio de amparo mexicano no se reconoce el interés difuso⁷⁸ ni se les da efectos generales a las sentencias.⁷⁹ La legitimación activa es muy restringida, y los efectos que en la práctica tiene una sentencia de amparo, por lo general, lo son aún más. Para impugnar un acto del Ejecutivo, una persona se tiene que ver personal y directamente afectada (y además debe contar con los recursos para llevar adelante un juicio costoso). En el caso que aquí nos concierne la celebración del Convenio afecta los derechos de todas las personas que habitan en México. Sin embargo el formalismo dominante en la

⁷⁷ La reforma de 1995 fue profunda; primero, el número de ministros se redujo a menos de la mitad y una nueva Corte fue nombrada en su totalidad; segundo, se creó el Consejo de la Judicatura Federal, órgano independiente de la Suprema Corte encargado de administrar al Poder Judicial Federal; tercer, se robusteció y reglamentó la controversia constitucional; cuarto, se estableció la acción de inconstitucionalidad permitiendo a una minoría legislativa impugnar la constitucionalidad de decisión de la mayoría legislativa; quinto, se estableció la facultad especial de la Suprema Corte para, a petición de algún agente gubernamental, investigar violaciones masivas a los derechos fundamentales; finalmente, se hicieron diversas reformas en materia penal. El juicio de amparo quedó fundamentalmente intacto.

⁷⁸ Al respecto el Artículo 4º de la Ley de Amparo establece que el “juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, el tratado internacional, el reglamento o cualquier otro acto que se reclame...”.

⁷⁹ A la doctrina los efectos particulares de las sentencias de amparo se le llama comúnmente “cláusula Otero”.

dogmática procesal mexicana hace pensar que resultará difícil probar la afectación directa y personal a los derechos de una persona particular.

La reforma constitucional al Poder Judicial del año 1995 modernizó considerablemente a la justicia constitucional mexicana. Pero la modernizó fundamentalmente en beneficio de la elite política: la legitimación activa en las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad – los dos procedimientos constitucionales que constituyen el corazón de la reforma – queda reservada a representantes electos, funcionarios públicos o dirigentes de partidos políticos. Ambos procedimientos, para tener efectos generales (y en algunos casos simplemente para lograr un fallo), requieren de mayorías calificadas en el Pleno de la Suprema Corte (8 de 11 ministros). Ello ha desembocado en que, en más de una ocasión, las cuestiones constitucionales de fondo queden indeterminadas y la constitucionalidad de actos o normas quede lejos de ser esclarecida. Finalmente, la materia de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad es la más de las veces ajena a la protección de los derechos fundamentales. Así, es la parte orgánica de la Constitución, no la dogmática, la principal tutelada por la nueva justicia constitucional mexicana. En consecuencia, son los poderes públicos, no los ciudadanos, los principales beneficiarios de la modernización judicial en México.

La segunda lección que podemos aprender del caso de la regulación al tabaco en México es que el monitoreo ciudadano es potencialmente un instrumento poderoso para subsanar la ineficacia de otros controles de constitucionalidad. Los poderes infra-constitucionales del Ejecutivo – quizá por ser poderes que se utilizan en abundancia y cotidianamente o bien por considerarse que se ejercen en con base en ponderaciones técnicas – resultan particularmente difíciles de detectar en

el radar de los controles políticos y judiciales. En realidad, es difícil creer que uno o varios órganos del estado puedan supervisar el funcionamiento de la totalidad de la administración pública. La solución parece estar en la desconcentración del control al ejercicio gubernamental. Entre más amplio sea el universo de agentes que pueden monitorear el actuar gubernamental, más altas son las probabilidades de detectar infracciones al orden constitucional. La propuesta central consiste en buscar que el control de la constitucionalidad pase de ser fundamentalmente horizontal (de un poder a otro) a ser también vertical (de la ciudadanía al gobierno).⁸⁰

El control de los poderes infra-constitucionales del Ejecutivo depende de la posibilidad que tenga la ciudadanía de monitorear a su gobierno y de obstaculizarlo cuando violente la Constitución. Los cimientos del control gubernamental desconcentrado requieren, por lo menos, de dos piedras angulares. Por una parte, el derecho a la información: la transparencia gubernamental permitirá a la ciudadanía monitorear el actuar del gobierno.⁸¹ Por otra parte, la democratización de la justicia constitucional: el interés difuso y los efectos generales de las sentencias de amparo permitirán enjuiciar el actuar gubernamental cuando desborde los límites constitucionales.

En resumen, la facilidad con la que el ejercicio de los poderes infra-constitucionales queda fuera de los radares de los controles político y judicial, exige descentralizar tanto el monitoreo como el control del actuar gubernamental. Los poderes infra-constitucionales, al ser de ejercicio cotidiano y muy extenso, difícilmente pueden ser fiscalizados por algún órgano gubernamental. Se requiere

⁸⁰ Quisiera reconocer aquí la aportación que sobre este punto hizo Jorge Contesse y aclarar que la formulación concreta es más suya que mía.

⁸¹ Es importante señalar que el derecho a la información ha visto un desarrollo particularmente acelerado en México en años recientes. En especial, cabe resaltar la expedición de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental en el año 2002 y la creación del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Vale también la pena mencionar que, al escribir estas líneas (inicios de abril de 2006) la Corte Interamericana de Derechos Humanos está por conocer por primera vez de un caso de acceso a la información. Es posible que esto inicie una línea jurisprudencial importante para temas de transparencia y corrupción.

de la participación lo más amplia posible de la ciudadanía y de los medios de comunicación para vigilar al gobierno. Para ello es necesario robustecer la transparencia y democratizar la justicia.