

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO OBLIGA A REGULAR PRONTA Y RAZONADAMENTE LOS SISTEMAS ELECTRÓNICOS DE ADMINISTRACIÓN DE NICOTINA

Por MARÍA DEL CARMEN ORDÓÑEZ LÓPEZ¹

RESUMEN: La interpretación de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) del artículo 16, fracción VI, en el sentido de que éste prohíbe los sistemas electrónicos de administración de nicotina es errónea y violatoria de diversos derechos humanos puesto que, además de haber propiciado el comercio clandestino y descontrolado de cigarrillos electrónicos que entran al país de manera informal, priva a los fumadores de alternativas que resultarían menos riesgosas para su salud impidiéndoles ejercer sus derechos a la igualdad, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la información. Es de la mayor importancia que, para cumplir con la obligación del Estado de respetar y procurar las condiciones más propicias para el ejercicio de los derechos humanos, se revierta esta interpretación y se legisle de manera específica para regular los sistemas electrónicos de administración de nicotina.

PALABRAS CLAVE: Nicotina, Derechos Humanos, Cigarrillos, Consumidor, Innovación, Regulación.

ABSTRACT: The interpretation of the Federal Commission for the Protection against Sanitary Risks (COFEPRIS) of article 16, section VI, in the sense that it prohibits the electronic systems of nicotine administration is erroneous and violates various human rights since, in addition to having propitiated the clandestine and uncontrolled trade of electronic cigarettes that enter the country informally, deprives smokers of alternatives that would be less risky for their health by preventing them from exercising their rights to equality, health,

¹ La autora del presente artículo es abogada y trabaja como Vicepresident & Associate General Counsel para Philip Morris International Inc. (PMI). PMI es una empresa global dedicada a la fabricación de productos de tabaco y de sistemas electrónicos de administración de nicotina. El presente artículo no refleja la posición de PMI ni de ninguna de sus subsidiarias en México respecto de ninguno de los temas, autoridades, autores o sentencias que en él se tratan y los puntos de vista de la autora no deben en forma alguna ser atribuidos a PMI, el artículo no hace parte de la evaluación de desempeño de quien suscribe y no ha sido escrito por instrucciones o a petición de ninguna de estas empresas, sino que refleja la visión personal e independiente de la autora. Naturalmente, las convicciones de quien escribe están estrechamente relacionadas con el conocimiento que adquirido en virtud de la labor profesional y a lo largo de muchos años de empleo con PMI. También es una opinión que desarrollada por el estudio independiente de la autora y su interacción con familiares y amigos que consumen nicotina. Dicho eso, este artículo no presenta opinión alguna sobre la regulación de cigarros y otros productos de tabaco convencionales, no pretende trato diferenciado alguno para un sistema electrónico de administración de nicotina en particular ni presenta propuestas concretas sobre cómo deben ser regulados ya que ello es competencia exclusiva de las autoridades de salud en México mismas que, en el ejercicio de sus funciones, deben escuchar todas las voces y velar por el equilibrio entre los derechos de todos los miembros de la sociedad.

free personality development and information. It is of the utmost importance that, in order to comply with the State's obligation to respect and ensure the most favorable conditions for the exercise of human rights, this interpretation is reversed and specifically legislated to regulate the electronic nicotine administration systems.

KEYWORDS: Nicotine, Human Rights, Cigarettes, Consumer, Innovation, Regulation.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA NICOTINA, LOS CIGARRILLOS Y SUS EFECTOS EN LA SALUD. LOS SISTEMAS ELECTRÓNICOS DE ADMINISTRACIÓN DE NICOTINA (SEAN) Y SUS CONSUMIBLES. POLÍTICA PÚBLICA DE REDUCCIÓN DEL DAÑO. 2. MARCO JURÍDICO GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO. 3. EL VACÍO REGULATORIO Y LA APARENTE PROHIBICIÓN DE LOS SEAN EN MÉXICO. 4. LA OBLIGATORIEDAD DE REGULAR LOS SEAN PARA PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO. 5. CONCLUSIONES. 6. FUENTES DE CONSULTA.

INTRODUCCIÓN

“Fumar mata”. Esta advertencia de salud aparece en las cajetillas de cigarrillos en muchos países del mundo. No cabe duda, fumar es altamente riesgoso para la salud. Lo mejor que una persona puede hacer es no empezar a fumar nunca. Lo segundo mejor, dejar de fumar. Esto es del conocimiento público; aun así, hay millones de personas que no dejarán de fumar. La propia Organización Mundial de la Salud (OMS) reporta que, pese a todas las medidas de control de tabaco emprendidas en las últimas dos décadas, hay una población que continuará fumando. Esas personas son consumidores y tienen derechos humanos. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y la legislación mexicana les reconocen el derecho a tomar sus propias decisiones sobre su salud, a estar informados sobre los productos que consumen, a elegir entre productos con distintos perfiles de riesgo, a tener acceso a productos más saludables cuando los haya y así lo decidan. Es innegable que estos derechos les asisten. Para quienes continúan fumando, los SEAN son una alternativa para tener acceso a la nicotina sin exponerse al humo del tabaco, que es la causa de las enfermedades relacionadas con el fumar. Tener información veraz sobre estos productos y tenerlos legalmente a su alcance favorecería el ejercicio de sus derechos tal como la CPEUM y la ley se los reconocen. No obstante, los fumadores en México ven sus derechos vulnerados por la omisión del Congreso de la Unión de legislar sobre productos para los cuales la Ley General para el Control del Tabaco (LGCT) claramente no está pensada y la errónea interpretación de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) de que la propia LGCT (mediante una disposición que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ya ha declarado inconstitucional en tres sentencias de amparo) los prohíbe. Como consecuencia de estas fallas gubernamentales que violentan sus derechos humanos, los fumadores se ven obligados a escoger entre dejar de fumar, seguir fumando, o consumir productos sobre los que solo tienen información parcial y que se venden en la clandestinidad, sin control alguno y sin pagar impuestos, cuando podrían escoger algo mejor para su salud. La falta de legislación y la posición

administrativa les vetan el acceso a un producto que es mejor para su salud que los cigarrillos.

Este no es un artículo científico ni se enfoca particularmente en ninguna de las variedades de SEAN existentes. No es un artículo sobre tabaco o sobre cigarrillos. No es un artículo sobre las motivaciones de los fumadores ni sobre la bondad o razonabilidad de su decisión de fumar. Es un artículo sobre las razones que hacen jurídicamente obligatorio regular pronta y razonablemente los SEAN para evitar una violación continuada a los derechos humanos que los fumadores tienen como consumidores y que no pueden negárseles, sea cual sea la opinión que se tenga sobre su decisión.

1. LA NICOTINA, LOS CIGARRILLOS Y SUS EFECTOS EN LA SALUD. LOS SISTEMAS ELECTRÓNICOS DE ADMINISTRACIÓN DE NICOTINA (SEAN) Y SUS CONSUMIBLES. POLÍTICA PÚBLICA DE REDUCCIÓN DEL DAÑO

A) La nicotina, los cigarrillos y sus efectos en la salud

La nicotina (*nicotiana tabacum*) es un alcaloide producido de manera natural por la planta de tabaco (también se encuentra, en cantidades insignificantes, en otros productos agrícolas). La nicotina obtenida de la planta del tabaco sigue siendo la más utilizada pero hoy puede producirse también sintéticamente.

La nicotina es adictiva y, en alta dosis, tóxica. Para los efectos de este artículo usaremos la definición de “adicción” que nos proporciona el Diccionario de la Real Academia Española:

*“adicción: f. 1. Dependencia de sustancias o actividades nocivas para la salud o el equilibrio psíquico. f. 2 Afición extrema a alguien o algo.”*²

En el 2014, el Médico General de los Estados Unidos de América emitió, como hace periódicamente, un informe sobre tabaquismo y medidas de control de tabaco, en el que señala:

“Dependence on nicotine is characterized by both the persistence of a drug-taking behavior and the emergence of withdrawal symptoms upon the abrupt cessation of nicotine administration.”^{3 4}

2 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Edición del Tricentenario. Actualización 2017. Voz: adicción.

3 *The Health Consequences of Smoking – 50 years of Progress. A report of the Surgeon General.* U.S. Department of Health and Human Services. 2014. p. 112.

4 “La dependencia de la nicotina se caracteriza tanto por la persistencia de la conducta de tomar la droga como por la aparición de síntomas de abstinencia cuando la administración de la nicotina cesa repentinamente.” Traducción propia.

El consumo de nicotina proporciona al usuario una sensación placentera mediante un incremento en los niveles de dopamina y otros neurotransmisores.⁵

Fumar cigarrillos es la forma más común, eficaz y rápida de ingerir nicotina y de experimentar sus efectos. Por ello, entre otras cosas, los cigarrillos se convirtieron, en los últimos 150 años, en la manera más común y controvertida de consumir nicotina en el mundo. Sin embargo, fumar cigarrillos no es el único modo de consumir tabaco para obtener nicotina. El tabaco también se puede fumar en pipa o en puros y puede mascarse, aspirarse por la nariz o colocarse dentro de la boca. Y, por supuesto, el tabaco no es la única planta que se fuma.

Para fumar, el tabaco debe entrar en combustión, es decir, quemarse. Cuando el tabaco se quema genera – como cualquier otra cosa al quemarse – humo. El humo entra al cuerpo transportando la nicotina. Para el cuerpo humano, la exposición al humo de cualquier sustancia en combustión – como la gasolina – puede ser dañina. En concreto, el humo producido por la combustión de tabaco contiene más de 6,000 químicos; aproximadamente 100 de ellos han sido clasificados como posibles causantes de enfermedades relacionadas con el fumar como el cáncer de pulmón, las enfermedades cardiovasculares, y el enfisema. No hay ningún cigarrillo que no sea adictivo o que no dañe la salud.⁶

Según OMS, cada año mueren aproximadamente 6 millones de personas por enfermedades directamente relacionadas con fumar.⁷

Pese a los riesgos asociados con fumar y al conocimiento prácticamente universal de los mismos, hay gente que sigue, y seguirá, fumando. De acuerdo con la propia OMS hay 1.1 billones de fumadores en el mundo.⁸ En México, no obstante las muchas iniciativas para reducir el uso del tabaco, en el 2025 todavía habrá más de 9 millones de fumadores.⁹ La nicotina es la causa principal de que esto sea así.

“People smoke for the nicotine but they die from the tar.”^{10 11}

5 Benowitz, Neal, “Pharmacology of Nicotine: Addiction, Smoking-induced Disease, and Therapeutics”, en *Annual Review of Pharmacology and Toxicology*, 2009. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2946180/pdf/nihms235120.pdf>

6 Philip Morris International, <https://www.pmi.com/our-business/about-us/our-views/health-effects-of-smoking-tobacco> Consultado el 14 de junio de 2019.

7 World Health Organization, <http://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/tobacco> de fecha 9 de marzo del 2018. Consultado el 14 de junio de 2019.

8 Ídem.

9 WHO Global Report on trends in prevalence of tobacco smoking. 2015. Sección México. http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/156262/9789241564922_eng.pdf;jsessionid=A4F30789DE-5D996B2CD526DD1731772E?sequence=1 Consultado el 14 de junio de 2019.

10 Russell, MAH, “*Low-Tar, Medium-Nicotine Cigarettes: a new approach to safer smoking*”, en *British Medical Journal*, 12 de junio de 1976. p. 1431.

11 “La gente fuma por la nicotina, pero se muere por el alquitrán.” Traducción propia.

Pese a lo que comúnmente se piensa, la nicotina, aunque adictiva, no es la principal causa de enfermedades relacionadas con fumar; por ello, entendiendo que es inviable erradicar de un momento a otro el consumo de nicotina, distintos organismos han dedicado décadas a buscar una manera menos dañina pero igualmente satisfactoria de consumir nicotina. En palabras del Royal College of Physicians del Reino Unido:

“Nicotine is the primary addictive component sustaining tobacco use, but it is not the cause of the vast majority of harm associated with tobacco use. Therefore, a product that delivers nicotine in the absence of other constituents of tobacco will be associated with dramatically less harm... there is sufficient evidence to conclude that any harm from long-term nicotine use will still be negligible compared with the harm of tobacco use... The ideal harm-reduction device should therefore deliver nicotine in a manner as similar as possible to cigarettes, while at the same time maximizing palatability and nicotine delivery to approximate the experience of cigarette smoking more closely.”^{12 13}

O, en palabras del Dr. Scott Gottlieb, ex Comisionado de la Administración de Alimentos y Drogas de los Estados Unidos de América, (Food and Drug Administration, FDA, por su nombre y siglas en inglés) el 28 de julio de 2017:

“We must do more to help these Americans and their families to lead healthier lives, and to avoid or break free from harmful cigarette addiction.

The key lies in taking a new and comprehensive approach to the regulation of nicotine.

Why nicotine?

Because nicotine lives at the core of both the problem and, ultimately, the solution to the question of addiction and the harm caused by combustible forms of tobacco.

Nicotine is astonishingly addictive. And when nicotine is attached to cigarette smoke particles, it's not only highly addictive, but an addictive chemical mix of disease and death. One feature critical to cigarettes is the efficiency by which they deliver nicotine. And inhalation is the key. A cigarette can deliver the inhaled nicotine through the lungs and to the brain in less than 10 seconds, adding to its addictive potential.

But the nicotine in cigarettes is not directly responsible for the cancer, lung disease, and heart disease that kill hundreds of thousands of Americans each year. Yes, it got them all addicted and kept them addicted for the long term. And it got

12 “Nicotine without Smoke, Tobacco Harm Reduction”, report by the Tobacco Advisory Group of the Royal College of Physicians. Royal College of Physicians. London, 2016. p. 62.

13 “La nicotina es el principal componente adictivo que motiva y mantiene el uso del tabaco, pero no es la causa de la gran mayoría de los daños asociados con el uso del tabaco. Por lo tanto, un producto que proporcione nicotina sin los demás componentes del tabaco estará asociado con un nivel dramáticamente menor de daño... hay evidencia suficiente para concluir que cualquier daño ocasionado por el uso prolongado de nicotina será insignificante en comparación con el daño ocasionado por el uso del tabaco... el mecanismo ideal para reducir el daño debe, entonces, proporcionar la nicotina de un modo tan similar como sea posible al modo en que lo hacen los cigarrillos, maximizando al mismo tiempo la palatabilidad y la entrega de nicotina para acercarse lo más posible a la experiencia de fumar un cigarrillo.” Traducción propia.

most of them addicted when they were still teenagers. But it's the other chemical compounds in tobacco, and in the smoke created by setting tobacco on fire, that directly and primarily cause the illness and death, not the nicotine.

So we need to take a fresh look at nicotine itself, and how the addiction that it causes relates to the potential harm of its delivery mechanism.¹⁴

Naturalmente, el ideal de política pública es evitar completamente las adicciones o propiciar que las personas logren superarlas. Pero ese no puede ser el único ideal. Es necesario también enfocarse en el manejo eficiente y efectivo de las adicciones mientras existan para que causen el menor daño posible. Por ello, hay que enfatizar la oportunidad y la obligación jurídicas, dadas las condiciones actuales de desarrollo tecnológico y científico, de mejor proteger los derechos humanos de las personas que hoy ya fuman y seguirán fumando pese a las medidas de control del tabaco.¹⁵

Es necesario un enfoque práctico y realista para lograr reducir las probabilidades de daño hoy porque *"...smokers cannot easily stop smoking because they are addicted to nicotine, and to expect people who cannot stop smoking to smoke cigarettes that have hardly any nicotine is illogical."*^{16 17}

14 Gottlieb, Scott, Protecting American Families: A comprehensive approach to Nicotine and Tobacco, January 28, 20017, consultado el 14 de junio de 2019, <https://www.fda.gov/news-events/speeches-fda-officials/protecting-american-families-comprehensive-approach-nicotine-and-tobacco-06282017> "Debemos hacer más para ayudar a estos Estadounidenses y a sus familias a vivir vidas más saludables y a evitar la dañina adicción a los cigarrillos o liberarse de ella.

La clave está en adoptar un enfoque nuevo e integral para regular la nicotina.

¿Por qué la nicotina?

Porque la nicotina es el centro tanto del problema como de la solución al problema de la adicción y el daño causado por las formas combustibles de tabaco.

La nicotina es increíblemente adictiva. Y cuando la nicotina está adherida a partículas de humo de un cigarrillo no solo es altamente adictiva, es una mezcla química adictiva de enfermedad y muerte.

Una característica esencial de los cigarrillos es la eficiencia con la que proporcionan la nicotina. La inhalación es la clave. Un cigarrillo puede proporcionar la nicotina inhalada a través de los pulmones y hasta el cerebro en menos de 10 segundos, incrementando su carácter adictivo.

Pero la nicotina de los cigarrillos no es directamente responsable del cáncer, las enfermedades pulmonares y cardíacas que matan a miles de estadounidenses cada año. Sí, fue lo que los hizo adictos y es lo que los mantiene adictos en el largo plazo. Y convirtió a la mayoría de ellos en adictos cuando aún eran adolescentes. Pero son los otros componentes químicos en el tabaco y en el humo que se produce al quemar tabaco los que causan directa y principalmente las enfermedades, no la nicotina.

Así que necesitamos mirar con otros ojos la nicotina y su relación de la adicción que causa con el posible daño que involucra el mecanismo a través del cual se obtiene.

La nicotina no es, ni de lejos, un compuesto seguro y benigno. Pero una política orientada a la familia y población que pretenda reducir el daño causado y la mortalidad causados por el tabaco debe partir de la premisa de que por lo que se refiere a la nicotina, el problema no es solo la nicotina. El mayor problema es el modo por el cual la nicotina entra al cuerpo, la forma en que es entregada."

15 Australia Tobacco Harm Reduction Association, <https://athra.org.au/smoking-rates-stall-as-australia-loses-the-battle-against-smoking/> Consultado el 14 de junio de 2019.

16 *Vid supra* nota 8.

17 "...los fumadores no pueden dejar de fumar fácilmente porque son adictos a la nicotina, y pretender que unas personas que no pueden dejar de fumar fumen cigarrillos prácticamente sin nicotina es ilógico." Traducción propia.

B) Los SEAN

Actualmente hay una variedad de productos que no requieren combustión de tabaco para proporcionarle nicotina al consumidor. Algunos de ellos contienen tabaco, algunos están hechos a base de nicotina natural o sintética y no contienen tabaco.

Entre los productos hechos a base de tabaco encontramos, por una parte, aquellos que utilizan un mecanismo electrónico para calentar el tabaco contenido en un consumible (en ocasiones de apariencia similar a un cigarrillo, en ocasiones similar a una pequeña cápsula) generando así un aerosol que contiene nicotina y que se aspira por la boca. Entre ellos podemos encontrar Ploom Tech, de Japan Tobacco, Glo, de British American Tobacco, y IQOS (y sus consumibles, HEETS), de Philip Morris International. Por otro lado, existen otros productos de tabaco que no requieren combustión ni producen humo y funcionan sin ayuda de ningún mecanismo electrónico – como el tabaco para aspirar por la nariz o para mascar. La nicotina llega al organismo por distintos medios en cada uno de estos casos: aerosol, absorción directa por la piel, etc. En conjunto, estos productos integran la categoría conocida como “productos de tabaco sin humo”.

Por otra parte, los denominados cigarrillos electrónicos son aparatos electrónicos en los que se introduce un cartucho de nicotina líquida que se calienta para que el consumidor aspire el aerosol. No tienen tabaco. La variedad de cigarrillos electrónicos disponibles en el mundo, su calidad y su respetabilidad es enorme.

Todos estos productos son adictivos y ninguno está exento de riesgos, sin embargo, los riesgos para la salud asociados con su consumo están en un espectro: no todos los productos para consumir nicotina son igualmente riesgosos y cualquiera de los que no requieren combustión reduce las probabilidades de que quienes los usen sufran enfermedades relacionadas con el fumar. Esto se debe a que al no haber combustión, no hay humo. Es en el humo en donde, como hemos dicho, se encuentra la mayor parte de los componentes relacionados con las enfermedades como el cáncer de pulmón, el enfisema, etc. Si bien es cierto que no existen aún estudios clínicos que hayan seguido a lo largo de periodos prolongados las condiciones de salud de un grupo de usuarios, los estudios toxicológicos ya realizados apoyan la conclusión de una reducción en la formación de componentes nocivos y en la exposición a los mismos.

Así, el Reino Unido tiene una posición abierta y clara respecto a los cigarrillos electrónicos y promueve la sustitución de cigarrillos convencionales por electrónicos cuando no se deja de fumar. Canadá regula también los SEAN permitiendo su venta y algunas comunicaciones a los consumidores. Nueva Zelanda promueve también cambiar a cigarrillos electrónicos. Estos 3 países, la Unión Europea, Guatemala, República Dominicana, Colombia, Japón, Corea, Sudáfrica, Estados Unidos y muchos otros permiten, dentro de un marco jurídico más o menos claro, la venta de productos de tabaco calentado y diversas formas de informar al consumidor. Mientras tanto en México prospera el mercado informal de esos productos, muchos de los cuales se internan al país sin pagar impuesto alguno, se venden sin supervisión eficaz para evitar el acceso de me-

nores de edad, las compañías bien establecidas que buscan ponerlos a disposición del consumidor adulto enfrentan constante inseguridad jurídica y, lo que es más grave, los fumadores reciben información contradictoria y confusa sobre estos productos que son una mejor elección que los cigarrillos, no tienen referencia sobre cuáles son manufacturados por fabricantes confiables y supervisados y cuáles no tienen control alguno y se ven privados de una alternativa fácilmente accesible que les permita ejercer sus derechos humanos.

C) El concepto de “reducción del daño”

Muchas actividades que realizamos cotidianamente son de alto riesgo para nuestra salud. Frecuentemente, también son inevitables o provechosas o, simplemente, placenteras. Por ello, la regulación no se enfoca en evitar la conducta sino en minimizar los riesgos o procurar que, en caso de que un daño se materialice, este sea el menor posible.

Las medidas de prevención, como el uso de cinturones de seguridad, son medidas de reducción del daño puesto que conducir es una actividad de riesgo. El ámbito en el que la reducción del daño se ha aplicado más abiertamente es el del control de drogas duras o ilegales, especialmente las de consumo intravenoso; una de las conductas de riesgo añadido de los consumidores de drogas por esa vía es compartir las jeringas que utilizan para inyectarse, cosa que contribuye al contagio de enfermedades, incluyendo el VIH/SIDA. Ese riesgo de contagio llevó a las autoridades sanitarias de algunos países a implementar programas de suministro de jeringas desechables e, incluso, a crear espacios donde las personas pudieran inyectarse en un entorno más seguro que las calles, donde abundan otras posibilidades de infección, y con un equipo de inyección proporcionado por el propio Estado. De esta manera se evitan posibles daños asociados con el consumo intravenoso de drogas sin interferir de manera inmediata con la elección del usuario de consumir la sustancia.

En tanto que política pública, la reducción del daño se basa en los siguientes principios:

“Pragmatism. Harm reduction accepts that some use of mind-altering substances is inevitable, and that some level of drug use is normal in a society. It acknowledges that, although carrying risks, drug use also provides the user with benefits that must be taken into account...”

Humanistic Values. The drug user’s decision to use drugs is accepted as a fact, as his or her choice; no moralistic judgement is made...

Focus on harms. The fact of a person’s drug use per se is of secondary importance to the risk of harms consequent to use. The harms addressed can be related to health, social, economic, or a multitude of other factors, affecting the individual, the community, and society as a whole. Therefore, the first priority is to decrease the negative consequences of drug use to the user and to others, as opposed to focusing

on decreasing the drug itself. Harm reduction neither excludes nor presumes the long-term treatment goal of abstinence...^{18 19}

En general, las políticas de reducción del daño reconocen que las conductas de riesgo son inherentes a la condición humana y que el tiempo dedicado a tratar de erradicar conductas indisociables de dicha condición estaría mejor empleado en reducir sus consecuencias negativas. Adicionalmente, quienes apoyan la teoría de la reducción del daño reconocen no solo que las conductas de alto riesgo existen, sino que existen por una razón que la economía conductual y las teorías sobre el autocontrol pueden explicar.²⁰

Durante años, las autoridades de salud pública han intentado casi todas las medidas de control del consumo de tabaco en las que pueda pensarse: prohibición de publicidad, advertencias sanitarias con imágenes disuasivas y de gran tamaño, empaque genérico, aumento de impuestos, prohibición de exhibición del producto en los lugares de venta, prohibición de patrocinios, prohibición de uso en espacios públicos, en espacios educativos, deportivos, etc. El consumo de tabaco en el mundo se ha reducido sin duda. Sin embargo, a pesar de estas medidas y del conocimiento generalizado sobre el hecho de que fumar es nocivo para la salud, mucha gente sigue fumando. Su número no cambiará significativamente.

“Yet, many people choose to smoke nevertheless, and the number continues to grow. In populations that have experienced the greatest drops in smoking prevalence, the change in prevalence has plateaued or at least slowed to the point that population growth causes the total number of smokers to remain roughly the same. Meanwhile, in many parts of the world, both smoking prevalence and population are growing. We can expect that prevalence will eventually drop in most populations as people become sufficiently healthy (i.e. reductions in infectious diseases and other risks raise life expectancy enough that smoking becomes a major risk

18 Inciardi, James A., Harrison, Lana D., editors, *Harm Reduction, National and International Perspectives*, Sage Publications, Inc., 2000. pp. 6 y 7.

19 “Pragmatismo. La reducción del daño acepta que algún uso de sustancias que alteren la mente es inevitable y que hay un cierto nivel de consumo de drogas que es normal en una sociedad. Reconoce que, pese a los riesgos, el uso de drogas le proporciona a los usuarios ciertos beneficios que deben tenerse en cuenta si pretende entenderse la conducta del consumo de drogas...”

Valores Humanistas. La decisión del usuario de consumir drogas se acepta como un hecho, como su elección, no hay juicios morales que condenen o exalten el uso de drogas, con independencia de la cantidad o el modo en que se utilicen. La dignidad y los derechos del usuario de drogas se respetan.

Enfoque en los daños. El que una persona use drogas, o cuánta droga consuma, son de importancia secundaria en comparación con los riesgos de daño que pueden resultar del consumo. Los daños que se consideran pueden relacionarse con la salud, ser de carácter social, económico, o de muchos otros tipos y afectar al individuo, a su comunidad o a la sociedad en general. Por lo tanto, la prioridad es reducir las consecuencias negativas del uso de la droga, para el usuario y para terceros, en lugar de enfocarse en reducir el uso de la droga como tal. La reducción del daño no excluye, pero tampoco presupone, que la abstinencia sea el objetivo final...” Traducción propia.

20 Marlatt, Alan G. et al., *Harm Reduction, Pragmatic Strategies for Managing High-Risk Behaviors*, The Guilford Press, Segunda Edición. 2012.

for premature mortality) and educated about the risks. Historical evidence suggests that such education reduces nicotine use prevalence by about half, usually down to the 25-30% range... Predictions that even greater reductions in nicotine consumption can be achieved are based on little more than wishful thinking.^{21 22}

Por eso es jurídicamente indispensable regular adecuadamente la comercialización de productos de nicotina que puedan reducir el daño que estas personas pueden sufrir, ya.

2. MARCO JURÍDICO GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO

La reforma constitucional de los derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación en junio del 2011 fue trascendental. El Estado Mexicano pasó de *otorgar* una serie de garantías individuales que imponían a los entes públicos meras obligaciones de no hacer, a *reconocer* una amplia gama de derechos humanos, que lo obligan no solo a no interferir con su disfrute, sino a protegerlos, promoverlos y generar las condiciones necesarias para su goce efectivo. Esta reforma desencadenó cambios legales y reglamentarios. Todo el marco jurídico mexicano y la composición del Estado se vieron influenciados por ella.²³ El ámbito de los derechos del consumidor y su protección no fue una excepción. En realidad, los derechos que la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) reconoce a los consumidores son una expresión de los derechos fundamentales que la CPEUM reconoce para todas las personas. Cuando una persona actúa como consumidora en el mercado de bienes y servicios – cosa que hacemos todos múltiples veces al día – es titular de los derechos que la CPEUM y la ley de la materia reconocen. Estos derechos son subjetivos propiamente hablando y comprenden tanto derechos de defensa como de prestación.²⁴

21 Ídem, pp. 108-109.

22 “Aun así, mucha gente decide seguir fumando, y el número sigue creciendo. En las poblaciones que han experimentado la mayor reducción en la prevalencia de fumado, el cambio se ha estabilizado o, al menos, se ha reducido hasta el punto en que el aumento poblacional provoca que el número de fumadores permanezca estable. Mientras tanto, en muchas partes del mundo tanto la prevalencia como la población aumentan. Es de esperarse que la prevalencia disminuya en la mayor parte de las poblaciones en la medida en que la gente sea más saludable (es decir, cuando haya una reducción en las enfermedades infecciosas y otros riesgos que aumente la expectativa de vida lo suficiente para que fumar se considere un riesgo significativo de muerte prematura) y esté mejor educada sobre los riesgos. La evidencia histórica sugiere que la educación puede reducir la prevalencia del uso de nicotina más o menos en la mitad, normalmente al rango del 25 al 30%... Las predicciones que puedan alcanzarse mayores reducciones en el consumo de nicotina se basan solo en ilusiones.” Trad. Propia.

23 SANCHEZ MORALES, Julieta, Reforma Constitucional de Derechos Humanos: hacia un nuevo Derecho en México, Perseo, Programa de Universitario de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Número 19, Septiembre de 2014. Disponible en <http://www.pudh.unam.mx/perseo/reforma-constitucional-de-derechos-humanos-hacia-un-nuevo-derecho-en-mexico/> Consultado el 14 de junio de 2019.

24 ARANGO, Rodolfo, *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Primera Edición en Español. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Editorial Legis, Colombia, 2005. Pág. 35. “*En el caso del derecho de defensa, se trata del derecho a la acción negativa del Estado (omisión estatal), que limita su*

Así, todos los consumidores son iguales ante la ley y en la ley. Todos los consumidores tienen derecho a elegir libremente, en el ámbito de lo lícito, cómo desarrollar su personalidad y qué productos quieren consumir. Todos los consumidores tienen derecho a la salud. Todos los consumidores tienen derecho a información plural y oportuna. Y no basta con que nadie obstruya el ejercicio de esos derechos, el Estado está obligado a crear las condiciones necesarias para su disfrute efectivo.

La LFPC es de orden público e interés social. Su objeto, según su artículo 1, es “*promover y proteger los derechos y la cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.*” El mismo artículo primero establece que son principios básicos en las relaciones de consumo:

“1. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos... considerados peligrosos o nocivos;

3. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones;

4. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como los riesgos que representen;

...

VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva...”

Las obligaciones impuestas por la LFPC recaen principalmente en los proveedores pero el Estado Mexicano en general, y a través de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (PROFECO) en particular, tiene obligación de fomentar y mantener un entorno de mercado donde los consumidores puedan ejercer verdaderamente sus derechos. Así, la PROFECO “*deberá fomentar permanentemente una cultura de consumo responsable e inteligente, entendido como aquel que implica un consumo consciente, informado, crítico, saludable... a fin de que los consumidores estén en posibilidades de realizar una buena toma de decisiones, suficientemente informada, respecto del consumo de bienes y servicios, los efectos de sus actos de consumo...*”²⁵, la Secretaría de Economía (SE) tiene la obligación de determinar la política de protección al consumidor para “*...favorecer y promover los intereses y derechos de los consumidores...*”²⁶ y la PROFECO tiene, incluso, facultades para requerir a otras autoridades para que tomen medidas para combatir, detener, modificar o evitar prácticas que lesionen los intereses de los consumidores²⁷.

campo de acción y asegura la libertad del individuo... Los derechos de prestación se refieren principalmente a los derechos a la acción positiva del Estado (a un hacer estatal), la cual asegura la participación del ciudadano en prestaciones normativas... o... en prestaciones fácticas.”

25 Artículo 8 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

26 Artículo 19, ídem.

27 Artículo 24, fr. XX, ídem.

Como veremos a continuación, la interpretación prohibitiva de la COFEPRIS respecto de los SEAN ha generado un caos que impacta negativamente los derechos fundamentales del consumidor. Sin duda, México enfrenta muchos retos de importancia en materia de derechos humanos; sin embargo, interpretar correctamente el artículo 16, fracción VI, de la LGCT para y reglamentar de manera especial productos de una categoría distinta a los productos de tabaco y con un perfil de riesgo distinto a los cigarrillos para que el consumidor de nicotina los conozca y, si así lo decide informadamente, pueda escogerlos dentro de un marco jurídico ordenado, es un aporte al sistema jurídico nacional que no debería revestir mayor dificultad puesto que las bases están claramente sentadas. Este cambio beneficiaría considerablemente a los fumadores y otros consumidores de nicotina que hoy carecen de alternativas y de información o se ven obligados a recurrir al mercado informal para ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a decidir sobre su propia salud.

3. El vacío regulatorio y la aparente prohibición de los SEAN en México

En México, los únicos productos para consumo de nicotina claramente permitidos, regulados y controlados son los productos de tabaco cuyo humo producto de la combustión se fuma o en los que el tabaco entra directamente en contacto con la piel. Los SEAN como los cigarrillos electrónicos y los aparatos necesarios para calentar tabaco están, en opinión de la COFEPRIS, prohibidos por el artículo 16, fracción VI, de la LGCT, que reza:

“Artículo 16. Se prohíbe:

...

VI. Comerciar, vender, distribuir, exhibir, promocionar o producir cualquier objeto que no sea un producto del tabaco, que contenga alguno de los elementos de la marca o cualquier tipo de diseño o señal auditiva que lo identifique con productos de tabaco.”

La mayoría de los SEAN no contienen elementos de la marca o cualquier diseño o señal auditiva que los identifique con productos de tabaco y no se parecen a un producto de tabaco. Aquellos que pertenecen a la categoría de productos de tabaco sin humo caen, naturalmente, dentro del campo de aplicación de la LGCT. Pero no puede interpretarse que los cigarrillos electrónicos que no contengan elementos de la marca de productos de tabaco estén prohibidos. Y tampoco puede interpretarse que estén prohibidos los aparatos electrónicos que se utilicen para calentar tabaco y no tengan elementos de marca de un producto de tabaco, es decir, que sean meros accesorios para el consumo de los otros productos. Eso equivale a interpretar que las pipas para fumar tabaco, por ejemplo, están prohibidas.

Como mencionaremos, la SCJN se ha pronunciado ya en tres ocasiones sobre la inconstitucionalidad de la fracción VI del artículo 16 de la LGCT señalando que la prohibición que en ella se contiene no pasa el examen de proporcionalidad al que debe someterse toda norma que limite los derechos fundamentales. Es notable que en estos

juicios de amparo y sus correspondientes sentencias no se haya analizado la interpretación de la COFEPRIS de la disposición sino que, dándola por correcta, se haya procedido a analizar su constitucionalidad. Pero lo más notable y lo verdaderamente importante es que en las sentencias a los amparos en revisión 513/2015 y 762/2017 la SCJN entendió que la prohibición combatida violaba el derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 1 de la CPEUM en tanto que imponía a productos que no son productos de tabaco pero contienen algún elemento de la marca de un producto de tabaco o tienen un diseño o señal auditiva que los asocie con un producto de tabaco, limitaciones más gravosas de las necesarias, y de las impuestas a los productos de tabaco, para alcanzar el objetivo de protección a la salud que la LGCT persigue.

Pese a estas sentencias, la fracción VI del artículo 16 de la LGCT no ha sido derogada ni reformada y la COFEPRIS no solo persiste en su interpretación sino que la hace reiteradamente pública en detrimento de los fumadores y ha emitido alertas sanitarias pretendiendo impedir la importación de estos productos, propiciando la introducción ilegal de muchos de ellos. Incluso, pese al artículo 7 de la CPEUM – que reconoce como inviolable la libertad de difundir información e ideas y prohíbe toda forma de censura – la pretendida prohibición de “promocionar” estos productos ha sido interpretada en ocasiones por la autoridad como un impedimento para informar a los consumidores sobre la mera existencia de los mismos, sobre sus características, o sobre su venta en otros países, a través de los medios de comunicación nacionales.

En suma, pese a los pronunciamientos de la SCJN, en México el consumidor tiene acceso lícito y ordenado a un cierto tipo de productos que contienen nicotina, pero no a otros. De hecho, dada la situación y en vista de los hallazgos científicos actuales, en México el consumidor tiene acceso a los productos más dañinos en el espectro de riesgos asociados con el consumo de nicotina, pero no a los menos dañinos.

4. LA OBLIGATORIEDAD DE REGULAR LOS SEAN PARA PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO

A) La prohibición de los SEAN es contraria al derecho a la igualdad de los consumidores

La nicotina es una sustancia lícita consumida por más de diez millones de personas en México.²⁸ Algunas de ellas pueden adquirir legalmente y con certeza de legalidad los productos de los cuales obtienen esa nicotina y están informados sobre los riesgos asociados con su consumo. Otros no. Unos y otros son consumidores de la misma sustancia lícita.

28 World Health Organization, <https://www.who.int/tobacco/surveillance/survey/gats/mex-report-2015-spanish.pdf?ua=1> Consultado el 14 de junio de 2019.

El artículo 1 de la CPEUM establece que todas las personas gozan de los derechos humanos que ella misma y los tratados internacionales de los que México sea parte reconocen. Está prohibida cualquier discriminación que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos de las personas.

Los promoventes de los juicios de amparo referidos anteriormente buscaron la protección de la justicia federal contra actos de aplicación del artículo 16, fracción VI de la LGCT que consideraron violatorio del derecho a la igualdad puesto que admite y regula unos productos mientras que prohíbe otros, sin que exista razón para distinguirlos. La SCJN estuvo de acuerdo y afirmó que esta disposición viola el derecho a la igualdad.

Es claro que el artículo 16, fracción VI, de la LGCT no solo viola el derecho a la igualdad por la distinción que hace entre productos sino principalmente por la distinción injustificada y perniciosa que hace entre consumidores y los efectos discriminatorios que tiene en el mercado.

Citando al Tribunal Constitucional Federal Alemán, José María Soberanes Díez dice:

“la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que ser calificada de arbitraria.”²⁹

El principio de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales no es novedoso: es la esencia del *jus suum cuique tribuere*. La dificultad es encontrar la “razón razonable” que justifica el trato diferenciado, ese criterio válido para distinguir a unos de otros: el *tertium comparationis*. Sin embargo, con independencia de la definición del criterio, es claro que la igualdad en la ley y ante la ley no es solo un principio jurídico, es un derecho subjetivo fundamental. Todas las personas tienen la facultad de exigir a las demás – incluyendo al legislador – el cumplimiento de una obligación clara de hacer (que las traten igual que a sus iguales y diferente que a sus diferentes) y de no hacer (que no las traten distinto que a sus iguales ni igual que a sus distintos).

Sin duda, los criterios que permiten hacer distinciones en el trato a las personas han cambiado con el tiempo. Actualmente, la CPEUM establece algunos criterios sobre la base de los cuales es impermissible hacer distinciones de ningún género. Así, el artículo 1 prohíbe la discriminación por motivos de origen étnico o nacional, de edad, de género, de discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, preferencias sexuales, o estado civil; así como por otras razones que atenten contra la dignidad humana o menoscaben los derechos de las personas. Respecto de los criterios específicamente señalados, cualquier examen de proporcionalidad deberá hacerse con un criterio estricto. Respecto del genérico “los que atentan contra la dignidad humana

29 SOBERANES DÍEZ, José María, *La Igualdad y la Desigualdad Jurídicas*, México, Ed. Porrúa, 2011. Pág. 27.

o menoscaban los derechos de las personas”, un examen de proporcionalidad con un criterio de razonabilidad será suficiente. En todo caso, para determinar si un acto o norma violan el derecho fundamental a la igualdad debe hacerse un juicio que, como resume Soberanes Díez³⁰, comprende un análisis de racionalidad y otro de proporcionalidad.

Pensando entonces en un colectivo integrado por los consumidores de nicotina en México, la primera pregunta en el examen de racionalidad es si hay una razón válida para que la autoridad pretenda tratarlos diferente, para que unos tengan acceso legal al producto del cuál obtienen la nicotina y estén informados sobre las consecuencias de su consumo para su salud y otros no. Debemos concluir que el *tertium comparationis* en este caso es arbitrario: todos son consumidores de una misma sustancia lícita, el producto del cual la obtienen no justifica la diferencia de trato. Antes al contrario, aceptando las conclusiones científicas que indican que los SEAN acarrearán menos riesgos para la salud que los cigarrillos convencionales, de justificarse una distinción, sería la contraria.

Así pues, si bien puede justificarse, en atención a la protección de la salud de toda la población, que se trate diferente a quienes consumen nicotina y a quienes no, no puede justificarse que dentro del subgrupo identificado como “consumidores de nicotina” se hagan distinciones que menoscaben los derechos de algunos miembros.

Viendo esta la conclusión del análisis de racionalidad (que la distinción no es racional) podría omitirse el análisis de proporcionalidad y no preguntar si la medida a) es adecuada para conseguir un fin legítimo; b) es necesaria; y c) es estrictamente proporcional.

En las sentencias de amparo en revisión mencionadas, la SCJN sí hizo un análisis de proporcionalidad puesto que consideró que un trato diferenciado para los productos de tabaco respecto de otros productos en el mercado estaba justificado por el legítimo objetivo constitucional de proteger la salud. Sin embargo, más adelante determinó que no existía razón para distinguir dentro del grupo de productos de nicotina y que aunque, la prohibición de los SEAN es adecuada para alcanzar un propósito legítimo, es innecesaria porque el mismo objetivo puede alcanzarse con medidas menos restrictivas^{31 32}. El mismo razonamiento debe aplicarse para determinar si los consumidores de nicotina en una modalidad deben tener derechos distintos a los consumidores de nicotina en otra modalidad: el legítimo objetivo genérico de proteger la salud de las personas debe abarcar a los consumidores de cualquier modalidad de nicotina y, además, existen medidas mucho menos restrictivas de los derechos de los consumidores de nicotina en las modalidades de cigarrillos electrónicos o de tabaco calentado a través de las cuales ese objetivo puede legítimamente perseguirse.

30 Ídem, pp. 133 y ss.

31 Amparo en revisión 513/2015, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, Segunda Sala, 23 de septiembre del 2015.

32 Amparo en revisión 762/2017, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, Segunda Sala, 15 de noviembre de 2017.

Es necesario reinterpretar la fracción VI del artículo 16 de la LGCT y una reglamentar específicamente la comercialización de los SEAN para evitar una violación al derecho fundamental a la igualdad de sus consumidores.

B) La prohibición de los SEAN es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los consumidores

Como ha dicho la SCJN, el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene varios componentes, no está consagrado en un artículo constitucional específico sino que se desprende de la interpretación sistemática de la norma fundamental y del derecho esencial a la dignidad humana.

“La Constitución mexicana otorga una amplia protección a la autonomía de las personas, al garantizar el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos se proponen. Así, en términos generales, puede decirse que los derechos fundamentales tienen la función de “atrincherar” esos bienes contra medidas estatales o actuaciones de terceras personas que puedan afectar la autonomía personal. De esta manera, los derechos incluidos en ese “coto vedado” están vinculados con la satisfacción de esos bienes básicos que son necesarios para la satisfacción de cualquier plan de vida. En este orden de ideas, el bien más genérico que se requiere para garantizar la autonomía de las personas es precisamente la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros. En este sentido, la Constitución y los tratados internacionales reconocen un catálogo de “derechos de libertad” que se traducen en permisos para realizar determinadas acciones que se estiman valiosas para la autonomía de las personas (expresar opiniones, moverse sin impedimentos, asociarse, adoptar una religión u otro tipo de creencia, elegir una profesión o trabajo, etcétera), al tiempo que también comportan límites negativos dirigidos a los poderes públicos y a terceros, toda vez que imponen prohibiciones de intervenir u obstaculizar las acciones permitidas por el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, el derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda protección a un “área residual de libertad” que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas. En efecto, estos derechos fundamentales protegen la libertad de actuación humana de ciertos “espacios vitales” que, de acuerdo con la experiencia histórica, son más susceptibles de ser afectados por el poder público; sin embargo, cuando un determinado “espacio vital” es intervenido a través de una medida estatal y no se encuentra expresamente protegido por un derecho de libertad específico, las personas pueden invocar la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, este derecho puede entrar en juego siempre que una acción no se encuentre tutelada por un derecho de libertad específico.”³³

33 Décima Época, Primera Sala, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Constitucional, Tesis: 1a. CCLXII/2016 (10a.), Página: 896. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. BRINDA PROTECCIÓN A UN ÁREA RESIDUAL DE LIBERTAD QUE NO SE ENCUENTRA CUBIERTA POR LAS OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS. Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015.

Resolviendo tesis contradictorias, la SCJN determinó en el 2015 que *“El libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de “autonomía de la persona”, de acuerdo con el cual al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida, el Estado tiene prohibido interferir en la elección de estos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en su persecución. En el ordenamiento mexicano, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen convenientes, cuyos límites externos son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros...”*³⁴

La SCJN ha sentado también jurisprudencia señalando que *“De conformidad con los postulados y principios fundamentales que acoge nuestra Constitución, las autoridades, los poderes y los órganos del Estado están sujetos a la ley en su organización, funcionamiento, facultades y atribuciones, y solo pueden actuar en aquello que les ha sido concedido, pues en lo que guarda silencio lo tienen prohibido; en tanto que tratándose de los particulares, ese silencio les garantiza que lo que no les está prohibido es lícito y permitido. La libertad personal prevista como garantía individual tanto en el artículo 1 como en los principios fundamentales de derecho que en forma abstracta están contemplados en la parte dogmática de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe entenderse como un atributo consustancial de la naturaleza humana y como la facultad de elección para hacer o dejar de hacer algo, siempre que no se perjudiquen derechos de tercero... los preceptos mencionados establecen garantías del individuo, no obligaciones... transgrede la libertad consagrada en el indicado artículo 1º. Constitucional, ya que le impone al gobernado la obligación de trabajar... al establecer*

Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín. Esta tesis se publicó el viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:36 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

- 34 Décima Época, Primera Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 20, Julio de 2015, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 28/2015 (10a.) Página: 570. DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y LEGISLACIONES ANÁLOGAS). Contradicción de tesis 73/2014. Suscitada entre el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, en apoyo del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. 25 de febrero de 2015. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en cuanto al fondo. Disidentes: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

como ilícito una elección permitida por el marco de libertades implícitas en régimen constitucional a favor de toda persona que se ubique en territorio nacional.”³⁵

En una de sus sentencias más innovadoras³⁶, la Primera Sala de la SCJN protegió a los quejosos que consideraban, *grosso modo*, la prohibición de consumir marihuana para fines lúdicos (así como la de actividades accesorias, como cultivarla sin fines comerciales) violatoria del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Citando a Luis María Díez-Picazo, la SCJN afirmó que “...*el derecho al libre desarrollo de la personalidad comporta “un rechazo radical de la siempre presente tentación del paternalismo del Estado, que cree saber mejor que las personas lo que conviene a éstas y lo que deben hacer con sus vidas”, de tal manera que puede decirse que este derecho supone “la proclamación constitucional de que, siempre que se respeten los derechos de los demás, cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses.”*”³⁷

Habiendo definido el libre desarrollo de la personalidad como un derecho amplísimo que permite a las personas tomar cualquier decisión que quieran tomar y realizar cualquier actividad que quieran realizar, siempre y cuando no afecten a un tercero, la Primera Sala decidió que la elección de actividades lúdicas hace parte indudable de este derecho, incluso cuando involucren el cultivo y el consumo personales de marihuana. La SCJN señaló:

“De esta manera, la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución. Esa elección puede incluir, como ocurre en el presente caso, la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido “afecten” los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona. En esta línea, se ha señalado que la decisión de fumar marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que se incluyen “el alivio de la tensión,

-
- 35 Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Octubre de 2002, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: XXIII.3o. J/1, Página: 1299. VAGANCIA Y MALVIVENCIA. EL ARTÍCULO 190 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES, AL PREVER EL NO DEDICARSE EL SUJETO ACTIVO A UN TRABAJO HONESTO, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 10. CONSTITUCIONAL. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 173/2002. 10 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Lucila Castelán Rueda. Secretario: Rafael Andrade Bujanda. Amparo en revisión 184/2002. 11 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretaria: Gloria Yolanda de la Paz Amézquita. Amparo en revisión 225/2002. 11 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretaria: Beatriz Eugenia Álvarez Rodríguez. Amparo en revisión 188/2002. 8 de agosto de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Álvaro Ovalle Álvarez. Secretaria: Indira Ang Armas. Amparo en revisión 192/2002. 8 de agosto de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Álvaro Ovalle Álvarez. Secretaria: Indira Ang Armas.
- 36 Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 4 de noviembre de 2015.
- 37 Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2005, p. 70., citado en sentencia de amparo en revisión 237/2014.

la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales”. Así, al tratarse de “experiencias mentales”, éstas se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, de tal manera que la decisión de un individuo mayor de edad de “afectar” su personalidad de esta manera con fines recreativos o lúdicos se encuentra tutelada prima facie por el derecho al libre desarrollo de ésta.”³⁸

La SCJN decidió entonces que negar a un particular la autorización necesaria para cultivar marihuana para consumo personal con fines de entretenimiento resultaba una limitación inconstitucional de los derechos fundamentales de ese particular. Reconociendo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es irrestricto, la SCJN pasó a realizar el análisis de proporcionalidad para determinar si el objetivo perseguido por las disposiciones combatidas por los quejosos resultaba legítimo. Al respecto, al Primera Sala concluyó, con base en la doctrina, que si bien los bienes colectivos y los jurídicos garantizados como principios constitucionales son fines legítimos para que el legislador intervenga en otros derechos, las intervenciones basadas en fines perfeccionistas no encuentran protección constitucional, pues el Estado no puede exigir que las personas se comporten de acuerdo con un modelo particular de virtud.

Así, si bien la virtud o la moralidad no son fines legítimos para intervenir en la decisión personal de consumir marihuana, la SCJN concluyó que la protección de la salud, tanto del usuario como de la sociedad en general, sí lo es. Concluyó también que la prohibición que causaba agravio a los quejosos era idónea para conseguir el fin de proteger la salud de las personas y de la sociedad, sin embargo, decidió que la medida era innecesaria porque existen otras medidas menos restrictivas que permiten perseguir ese objetivo causando menos perjuicio al derecho de las personas de tomar sus propias decisiones, incluso respecto a su salud. Es de mencionarse que la SCJN utilizó como referencia de medidas menos restrictivas que la prohibición del cultivo para autoconsumo y el autoconsumo de marihuana precisamente el régimen para el control del tabaco en México.

“En este orden de ideas, se expondrá la regulación de las sustancias que provocan un daño similar, como el tabaco o el alcohol, sin que ello signifique que el legislador se encuentre obligado a regular de forma idéntica las actividades relacionadas al autoconsumo de marihuana, toda vez que las restricciones al consumo deben ponderarse de acuerdo a las características de cada sustancia.”

“De la regulación anteriormente expuesta pueden desprenderse una serie de elementos que podrían constituir una medida alternativa a la prohibición absoluta del consumo lúdico y recreativo de marihuana tal como está configurada por el “sistema de prohibiciones administrativas” impugnado por los quejosos: (i) limitaciones a los lugares de consumo; (ii) prohibición de conducir vehículos o manejar aparatos o sustancias peligrosas bajo los efectos de la sustancia; (iii) prohibiciones a la publicitación del producto; y (iv) restricciones a la edad de quienes

38 Vid. Supra nota 34, pág. 41.

*la pueden consumir. Como puede observarse, se trata de medidas que vistas en su conjunto no prohíben el consumo de forma absoluta y, en contraste, sólo limitan la realización de las actividades relacionadas al autoconsumo de marihuana en supuestos muy acotados.*³⁹

Así las cosas, si la decisión de consumir marihuana hace parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los consumidores (como se confirmó en otras sentencias posteriores), y el régimen de control de los productos tradicionales de tabaco es un modelo de medidas menos restrictivas para perseguir los objetivos legítimos de salud pública sin violentar indebidamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es indubitable que el consumo de nicotina está también protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Entonces ¿cómo se comprende que solo se respete el derecho al libre desarrollo de la personalidad de aquellos consumidores que quieren consumir nicotina fumando o por otros mecanismos convencionales pero no el de aquellos que quieren consumirla utilizando SEAN? El mismo derecho a tomar sus propias decisiones y a no sufrir las conductas paternalistas del Estado que protege a los fumadores protege a quienes quieren consumir nicotina con un cigarrillo electrónico o calentando tabaco y, así como el objetivo de salud pública puede conseguirse legítimamente limitando los lugares en donde se puede fumar, o regulando las advertencias sanitarias que una cajetilla de cigarrillos debe contener, también puede conseguirse legítimamente creando un régimen especial de regulación para los SEAN, especialmente en atención a su perfil de riesgo diferenciado.

Es necesario reinterpretar la fracción VI del artículo 16 de la LGCT y una reglamentar específicamente la comercialización de los SEAN para evitar una violación al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de sus consumidores.

C) La prohibición de los SEAN es contraria al derecho a la salud de los consumidores

El artículo 4 de la CPEUM claramente establece el derecho fundamental de toda persona “a la protección de la salud”.

La constitución de la OMS establece que el derecho a la salud es un derecho fundamental de todas las personas, sin distinción alguna. El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDSEC) – de los que el derecho a la protección de la salud hace parte – de 1976, así como las resoluciones del Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (CDHONU) y los reportes del relator especial para el derecho a la salud nos ayudan a entender este concepto.

El artículo 12 del PIDSEC reconoce el derecho de todas las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Sobre este particular, la Oficina del

39 Ídem. Pág. 67.

CDHONU y la OMS publicaron la Hoja Informativa 31⁴⁰ que explica, por ejemplo, que el derecho a la salud no es únicamente un derecho a que el Estado proporcione hospitales o un sistema de salud al que todos puedan acceder en condiciones de igualdad, sino también a todas las condiciones materiales conducentes a un buen estado de salud, por ejemplo, un sistema de prevención, tratamiento y control de enfermedades, acceso a medicinas esenciales, educación e información sobre salud, agua potable, luz eléctrica, alimentación saludable, etc. El derecho a la salud también incluye la libertad de las personas de no someterse a tratamientos médicos forzados y a no ser torturadas. Esta Hoja Informativa, sin embargo, también es clara en que el derecho a la salud no es un derecho a estar sano. Ningún Estado puede garantizar salud a las personas puesto que esta es una condición personal y variable que depende de múltiples factores, incluyendo las decisiones que las propias personas tienen derecho a tomar sobre cómo vivir su vida. El derecho a la salud es un derecho a las condiciones más propicias para que las personas mantengan su bienestar.

En el 2003, el relator especial de Derechos Humanos de la ONU para el derecho a la salud, Paul Hunt, emitió un reporte sobre la definición del derecho a la salud⁴¹ en el que señaló *“El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud...”*⁴². Después, en el 2009, el relator emitió un reporte sobre el derecho a la salud y el consentimiento informado. El reporte se enfocaba en la obligación del Estado de garantizar a todas las personas el derecho a decidir si recibir o no un tratamiento o una intervención médica, así como detener cualquiera de los dos libremente.

*“El consentimiento informado no es la mera aceptación de una intervención médica, sino una decisión voluntaria y suficientemente informada que protege el derecho del paciente a participar en la adopción de las decisiones médicas...”*⁴³ y, más adelante, *“Garantizar el consentimiento informado es un aspecto fundamental del respeto a la autonomía, la libre determinación y la dignidad humana de la persona... El consentimiento informado invoca algunos elementos de los derechos humanos que son indivisibles, interdependientes e interrelacionados. Entre ellos se cuentan, además del derecho a la salud, el derecho a la libre determinación, el derecho a la no discriminación, el derecho de toda persona a no ser sometida a experimentos sin su libre consentimiento, la seguridad y la dignidad de la persona humana, el reconocimiento ante la ley, la libertad de pensamiento y expresión y la libre determinación en lo tocante a la reproducción...”*⁴⁴

40 Office of the High Commissioner for Human Rights, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf> Consultado el 14 de junio de 2019.

41 Reporte del Relator Especial para el Derecho a la Salud, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/109/82/PDF/G0310982.pdf?OpenElement>. Consultado el 14 de junio de 2019.

42 Ídem, pág. 8. Énfasis propio.

43 Reporte del Relator Especial para el Derecho a la Salud, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/450/90/PDF/N0945090.pdf?OpenElement>, pág. 5. Énfasis propio. Consultado el 14 de junio de 2019.

44 Ídem, pág. 7. Énfasis propio.

La SCJN ha emitido tesis aislada estableciendo que el consentimiento informado es un derecho fundamental de los pacientes a través del cual estos asumen los riesgos y consecuencias inherentes o asociados a una decisión médica⁴⁵.

Por fuerza debemos concluir que el mismo derecho que le asiste a las personas para consentir o no a una intervención médica les asiste para tomar cualquier decisión que se relacione con su salud. Una vez que una persona llega a la edad en la que la ley le otorga personalidad jurídica, todas las decisiones relacionadas con su cuerpo deben estar a su alcance como parte esencial del derecho de esa persona a la salud. Es por ello que el derecho a la salud está íntimamente asociado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así lo reiteró el 2014 el relator de Derechos Humanos de la ONU para el derecho a la salud:

“La obligación de respetar el derecho a la salud es un deber negativo del Estado de abstenerse de interferir en el disfrute del derecho a la salud de la población. Esta obligación reconoce el derecho y la autonomía de las personas para adoptar decisiones sobre su salud con conocimiento de causa. La obligación de no intervenir en las decisiones individuales, no supone sin embargo, que los Estados se desvinculen de las leyes y políticas relativas a la industria alimentaria. La población debe disponer de alternativas viables y asequibles para elegir una alimentación sana.”⁴⁶

El consumo de nicotina tiene efectos negativos para la salud: la nicotina es adictiva. El consumo de tabaco por cualquier vía tiene efectos negativos para la salud. Pero es parte del derecho de las personas mayores de edad decidir si asumen o no los riesgos asociados con el consumo de nicotina porque, como hemos dicho, la nicotina es una sustancia lícita y las personas capaces tienen derecho a disponer sobre su salud.

Tanto la LGCT como la LFPC recogen el derecho a la salud como primordial. No obstante, la LGCT, tal como ha sido interpretada, solo da a los fumadores (que son consumidores y son personas con derechos humanos) la posibilidad de seguir fumando o dejar de consumir nicotina, negándoles el acceso a un producto menos peligroso para su salud.

Sin duda, compete a la PROFECO promover la legalización de los SEAN y la adopción de un régimen regulatorio diferenciado puesto que ello beneficiaría a los consumidores de tabaco dándoles más y mejores opciones y, además, les permitiría tanto a

45 Décima Época, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, Tesis: 1a. XLIII/2012 (10a.), Página: 478, Contradicción de tesis 93/2011. Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito. 26 de octubre de 2011. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos en cuanto a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos respecto al fondo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Arturo Bárcena Zubieta.

46 Vid. supra, nota 43, pág. 9

la COFEPRIS como a la PROFECO ejercer sus facultades de control y protección de manera más efectiva.

Además, la reinterpretación de la LGCT y la regulación de los SEAN son necesarias para evitar una violación al derecho fundamental a la salud, en tanto que derecho a la autonomía sobre la propia salud y el propio cuerpo, de los consumidores de nicotina.

D) La prohibición de los SEAN es contraria al derecho a la información de los consumidores

El artículo 6 de la CPEUM establece la obligación del Estado de garantizar el derecho a la información y reconoce que *“Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna...”*

Hemos visto ya que el acceso a información plural, oportuna y veraz es indispensable para que las personas puedan ejercer plenamente sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la salud.

El artículo 5 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor⁴⁷ es claro a este respecto:

“Artículo 5. Las necesidades legítimas que las directivas procuran atender son las siguientes:

...

5. El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;

...”

El artículo 11 de las mismas Directrices obliga a las empresas a proporcionar al consumidor información completa, exacta y no capciosa sobre los bienes que comercializan. De hecho, las Directrices tienen un capítulo completo dedicado a los programas de educación del consumidor que los Estados deben desarrollar; uno de los componentes esenciales de la educación del consumidor tiene que ver con que conozca – para que pueda decidir – las consecuencias de los productos para su salud.

El derecho de los consumidores a la información también está consagrado en la LFPC en sus artículos 1, fracciones III y VII, 8 bis, 24, fracción IV, y 32 a 45.

La propia LGCT reconoce implícitamente la importancia de que los consumidores tengan acceso a información veraz sobre las consecuencias que para su salud tiene el

47 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, https://unctad.org/es/Publications-Library/ditceplpmisc2016d1_es.pdf Consultado el 14 de junio de 2019.

consumo de productos de tabaco y de que no sean engañados o inducidos a error a este respecto.

Sin embargo, en México, el derecho a tener información veraz y oportuna sobre productos que pudieran ser de su interés e, incluso, disminuir los riesgos para su salud, no existe para los consumidores de nicotina puesto que, pese a las disposiciones constitucionales y legales y a las directrices de organismos internacionales y sin hacer distinciones entre información y publicidad, el artículo 43 del Reglamento de la LGCT claramente dispone:

“Artículo 43. La publicidad y promoción serán congruentes con las características o especificaciones de los productos del tabaco, para lo cual no deberá:

...

III. Indicar que un producto es menos nocivo que otro en razón de sus emisiones, ingredientes

...”

Y más aún, el artículo 46 establece:

“Artículo 46. La publicidad induce a una falsa apreciación con respecto a los productos del tabaco, cuando, de manera enunciativa más no limitativa:

...

IV. Establezca comparaciones entre productos.”

Así pues, sin importar si es verdadero que un producto es menos nocivo que otro, en tanto se comparen dos productos de tabaco se entenderá que se está haciendo publicidad y que esta induce a una falsa apreciación. Cuando, además, se extiende por analogía esta prohibición a los SEAN o de invoca, sin distinguir entre promoción e información, la mencionada fracción IV del artículo 16 de la LGCT, el derecho a la información se ve coartado sustancialmente.

Hay que ser claros. Es de vital importancia que todas las personas estén enteradas de los riesgos que el consumo de tabaco implica para su salud y es obligación de quienes fabrican y comercializan productos de tabaco proporcionar información verídica y completa sobre dichos riesgos. Sin embargo, suponer que el derecho de los consumidores a la información se circunscribe a esa información y ninguna otra es privar al derecho de una buena parte de su contenido. Aquellos adultos que han decidido fumar tienen derecho tanto a saber que fumar está asociado con un número significativo de enfermedades y que dejar de fumar es la opción más saludable, como a saber que existen otros productos de nicotina que les ofrecen otras satisfacciones y, de igual modo, menos riesgos.

Cuando se piensa en estos términos, en lo que significa para los fumadores no tener acceso a información sobre productos con un perfil de riesgo distinto ¿dónde queda el principio jurídico de *alterum non laedere*? La obligación de respetar y garantizar el de-

recho a la información es solo de los fabricantes y comerciantes, también es del Estado. *“Los derechos fundamentales tienen carácter obligatorio como derecho directamente vinculante. Según una interpretación general, las normas de derechos fundamentales sirven de base a los derechos subjetivos y a las obligaciones objetivas. Por eso es que no solamente las normas legales, sino también las normas de derechos fundamentales entran en consideración como fuente de derechos subjetivos.”*⁴⁸

Luego, es verdad que las normas vigentes, como la LFPC y la LGCT, establecen obligaciones claras respecto de un componente del derecho a la información – es decir, la de proporcionar a los consumidores cierto tipo de información sobre ciertos productos y ciertos riesgos – pero su interpretación no permite un disfrute pleno del derecho a la información. Estas leyes no incluyen una obligación puntual de informar al consumidor sobre el espectro de productos existentes en una categoría ni sobre cómo se comparan unos con otros en determinados aspectos, no obstante, *“...de la pregunta de si las obligaciones jurídicas deben ser expresamente consagradas en un enunciado normativo. La respuesta es necesariamente negativa. No hay obligaciones jurídicas sin normas jurídicas, pero las obligaciones jurídicas pueden ser determinadas de manera directa o indirecta.”*⁴⁹ Esto es así con mayor razón cuando la norma de la que se deriva, o a través de la cual se justifica, una obligación, es de aplicación horizontal, es decir, de derechos fundamentales, como lo señala el propio Arango.

Más aun, en un escenario hipotético⁵⁰ en el que los SEAN estuvieran legalmente presentes en el mercado y los fabricantes e importadores no tuvieran la posibilidad de proporcionar a los consumidores información comparativa sobre ellos, la propia norma atendería contra el objetivo explícito del sistema jurídico de protección al consumidor y violentaría abiertamente el artículo sexto constitucional puesto que este no podría decidir de manera informada.

Hoy, en México a) los fumadores no pueden tener acceso a información sobre productos que pudieran ser menos perjudiciales para su salud o, sencillamente, que les proporcionarían nicotina a través de una experiencia distinta; b) quienes ya consumen nicotina a través de SEAN no pueden tener acceso a información que les permita determinar si esa decisión es mejor o peor para su salud que fumar; c) los adultos que se interesan en los SEAN no tienen acceso a información plural que les haga ver que lo mejor es no empezar a consumir nicotina.

48 Vid. Supra nota 24, pág. 12

49 Ídem, pp. 13-14

50 En verdad, lo único “hipotético” de este escenario en la realidad mexicana de hoy es la legalidad de la presencia de dichos productos en el mercado puesto que no queda lugar a duda sobre el hecho de que los mismos se venden y se consumen en México en números cada vez mayores. Una búsqueda casual en Google, por ejemplo, revela la existencia de asociaciones de “vapeadores” y tiendas electrónicas de cigarrillos electrónicos y su consumo es evidente incluso en locales cerrados donde, en teoría, no están permitidos.

Hoy, en México, los consumidores solo tienen la información que les proporciona quien se ha arrogado la facultad de decidir por ellos.

Cabe hacer una última precisión respecto al derecho a la información: un sistema jurídico sofisticado debe distinguir entre información y publicidad. Esta distinción, fundamental para la auténtica protección de los consumidores, debe manifestarse en el texto de la ley, en su reglamentación y en su aplicación.

La posición de las autoridades sanitarias respecto de los productos de tabaco – extendida *ipso facto* los SEAN – ha sido la de no diferenciar “información” de “publicidad”, prohibiendo así de manera efectiva ambas cosas en casi todos los medios de comunicación.

Esta postura no es exclusiva de las autoridades sanitarias mexicanas ni se limita al ámbito de los productos de tabaco. La regulación europea prohíbe la publicidad de medicamentos al público en general y dicha prohibición se ha extendido a cualquier información, aun cuando no tenga por objeto incrementar las ventas o el uso de un medicamento en particular. No obstante, hay sentencias de tribunales alemanes que han hecho la distinción entre información y publicidad, reconociendo que, en ocasiones, es necesario que el fabricante de un medicamento emita información al público, aun mencionando marcas específicas, sin que dicha información esté incluida en la prohibición genérica⁵¹.

De acuerdo con la Real Academia, informar es dar noticia de algo. Es, sencillamente, relatar un hecho. Hacer publicidad, en cambio, – aunque la palabra tiene su origen también en “hacer público” – en la acepción que interesa al derecho comercial, de protección al consumidor y de regulación de productos es la *“divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”*⁵² Con la intención de crear un vínculo emocional con el comprador, espectador o usuario.

Claramente, es perfectamente posible hablar sobre un producto, relatar hechos sobre ese producto, de manera no comercial y sin el propósito de atraer a posibles compradores, espectadores o usuarios, incluso si al hacerlo se menciona la marca que identifica a ese producto. Por estos motivos, pretender que la LGCT y su Reglamento, cuyo artículo 2, fracción XVII, excede los límites establecidos por la LGCT⁵³ y define publi-

51 Koynku, Adenm, German Court Allows Pharma Promotional Statements, Enero 29 del 2018, Convington & Burling Bulletin, <https://www.insideeulifesciences.com/2018/01/29/german-court-allows-pharma-company-promotional-statements-about-rx-drug-to-counter-a-shitstorm-a-trend-also-for-the-rest-of-the-eu/> Consultado el 14 de junio de 2019.

52 Vid. supra, nota 2, voces “información” y “publicidad”.

53 La LGCT tiene ya una definición de “promoción y publicidad de productos del tabaco” que claramente se condice con lo que el término “publicidad” significa en su acepción común: *“Toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, o el efecto de promover productos del tabaco, marca o fabricante, para venderlo o alentar su consumo, mediante cualquier medio, incluidos el anuncio di-*

cidad como un “*mensaje dirigido al público o a un segmento del mismo, con el propósito directo o indirecto de informar sobre la existencia o características de un producto de tabaco, sobre su fabricante o las actividades de este.*” pone al consumidor en una situación de indefensión y atenta gravemente contra su derecho a la información.

En suma, el consumidor tiene un derecho subjetivo fundamental a saber, a tener información a su alcance, a que esta sea veraz y completa, a poder buscarla cuando y como le convenga. Este derecho incluye, pero no se limita a, que se le avise sobre las consecuencias negativas de un producto. Prohibir que se incentive la compra y el consumo de productos nocivos para la salud está dentro de las competencias de la autoridad y no atropella los derechos del consumidor. Prohibir que el consumidor sepa qué productos existen, cuáles son sus características y cómo se comparan con otros productos de igual o similar categoría sí los atropella.

5. CONCLUSIONES

La innovación tecnológica y científica y la fundada preocupación social por la salud de los fumadores y quienes los rodean generan nuevos retos y nuevas oportunidades para que el Estado cumpla su obligación proteger integralmente los derechos fundamentales de los consumidores a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud y a la información.

Es fundamental reconocer que la supuesta prohibición de los SEAN y su falta de regulación específica perjudican los derechos de los consumidores y que se necesita con urgencia un marco jurídico que, sin descuidar los objetivos de salud pública, sin desproteger a los jóvenes y sin fomentar el consumo de productos nocivos para la salud, permita y regule apropiadamente la comercialización legítima de estos sistemas.

La interpretación actual de la LGCT permite a quienes consumen nicotina fumando cigarrillos adquirirlos y tener información sobre ellos. Sin embargo, quienes deciden consumirla mediante SEAN se ven impedidos para adquirir con certeza jurídica los productos de su elección y para tener más información sobre ellos. Esta distinción no se basa en ningún criterio objetivo o científico y no supera un análisis de proporcionalidad. Esto constituye una violación al derecho a la igualdad y la regulación de estos sistemas y sus consumibles es una oportunidad para subsanar esta desigualdad.

La interpretación actual de la LGCT no les permite a quienes, ejerciendo su derecho al libre desarrollo de la personalidad deciden consumir nicotina, elegir el producto a través del cual la consumen. En realidad, estos consumidores están prácticamente constreñidos a fumar o dejar la nicotina. El Estado no tiene facultades para tomar por

recto, los descuentos, los incentivos, los reembolsos, la distribución gratuita, la promoción de elementos de la marca mediante eventos y productos relacionados, a través de cualquier medio de comunicación o difusión;”

ellos esa decisión, que solo a ellos les compete y que es inherente a su dignidad personal y, al hacerlo, viola un derecho claramente integrado y reconocido por la SCJN.

La interpretación actual de la LGCT impide que quienes han decidido consumir nicotina tengan acceso a productos cuyos riesgos para la salud son menores que los generados por el cigarrillo tradicional y los obliga a usar el producto identificado como de más alto riesgo si no optan por la abstención total. El derecho a tomar decisiones sobre la salud propia es un elemento fundamental del derecho a la salud. Propiciar un entorno en el que las personas puedan tomar mejores decisiones de salud y tengan a su disposición productos menos riesgosos es obligatorio para el Estado en relación con el derecho a la salud.

La interpretación actual de la LGCT impide que quienes han decidido consumir nicotina se enteren por canales confiables y con información plural, y veraz sobre el espectro de productos para consumo de nicotina que existen. Los consumidores tienen derecho a la información y poder ejercerlo es indispensable para, a la vez, poder ejercer libremente su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la salud. El derecho a la información no se limita a estar enterados de los posibles impactos negativos de un producto, abarca el derecho a conocer la existencia y las características de otros productos y cómo se comparan unos con otros.

La reinterpretación del artículo 16, fracción IV, de la LGCT y la regulación de los SEAN son una mejora necesaria y urgente para el ordenamiento jurídico. La mejor decisión para la salud de los consumidores de nicotina es dejar de consumirla. La mejor decisión para la salud de los fumadores es dejar de fumar. Sin embargo, es indudable que hay quienes no dejarán de consumir nicotina y, si no tienen otras alternativas legales y viables, seguirán haciéndolo por la vía más riesgosa: fumando. Está demostrado que las políticas prohibicionistas no eliminan el consumo y que las medidas restrictivas alcanzan, en algún momento, el límite de su eficiencia para conseguir que la gente deje de fumar.

Mientras todos los esfuerzos necesarios se hagan para que los jóvenes no empiecen ni a fumar ni a consumir nicotina por otros medios, una política sanitaria de reducción del daño es el enfoque más pragmático y respetuoso de los derechos fundamentales del consumidor que cualquier Estado puede adoptar y hoy las condiciones están dadas para que así lo haga el Estado Mexicano.

6. FUENTES DE CONSULTA

Libros

ARANGO, Rodolfo, *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Primera Edición en Español. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Editorial Legis, Colombia, 2005.

INCIARDI, James A., Harrison, Lana D., editors, *Harm Reduction, National and International Perspectives*, Sage Publications, Inc., 2000.

MARLATT, Alan G. et al., *Harm Reduction, Pragmatic Strategies for Managing High-Risk Behaviors*, The Guilford Press, Segunda Edición. 2012.

SOBERANES DÍEZ, José María, *La Igualdad y la Desigualdad Jurídicas*, México, Ed. Porrúa, 2011. Pág. 27.

Diccionarios

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Edición del Tricentenario. Actualización 2017.

Legislación y Reglamentación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General para el Control del Tabaco

Reglamento de la Ley General para el Control del Tabaco

Ley Federal de Protección al Consumidor

(Todas ellas consultadas en www.diputados.gob.mx el 14 de junio de 2019)

Sitios Web

Philip Morris International www.pmi.com

British American Tobacco www.bat.com

Japan Tobacco International www.jti.com

JUUL Labs www.juul.com

World Health Organization www.who.int

Australia Tobacco Harm Reduction Association www.athra.org.au

US Food & Drug Administration www.fda.gov

New Zealand Ministry of Health, Vaping Facts www.vapingfacts.health.nz

Cámara de Diputados www.diputados.gob.mx

Otras Publicaciones

The Health Consequences of Smoking – 50 years of Progress. A report of the Surgeon General. U.S. Department of Health and Human Services. 2014. Disponible en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/24455788>

Benowitz, Neal, “Pharmacology of Nicotine: Addiction, Smoking-induced Disease, and Therapeutics”, en *Annual Review of Pharmacology and Toxicology*, 2009. Disponible en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2946180/pdf/nihms235120.pdf>

Gottlieb, Scott, “*Protecting American Families: A comprehensive approach to Nicotine and Tobacco*”, January 28, 20017, consultado el 14 de junio de 2019, <https://www.fda.gov/news-events/speeches-fda-officials/protecting-american-families-comprehensive-approach-nicotine-and-tobacco-06282017>

- Koynku, Adenm, “*German Court Allows Pharma Promotional Statements*”, Enero 29 del 2018, Convinton & Burling Bulletin, disponible en <https://www.insideeulifesciences.com/2018/01/29/german-court-allows-pharma-company-promotional-statements-about-rx-drug-to-counter-a-shitstorm-a-trend-also-for-the-rest-of-the-eu/>
- Royal College of Physicians, “*Nicotine without Smoke, Tobacco Harm Reduction*”, report by the Tobacco Advisory Group of the Royal College of Physicians. Royal College of Physicians. London, 2016.
- Russell, MAH, “*Low-Tar, Medium-Nicotine Cigarettes: a new approach to safer smoking*”, en *British Medical Journal*, 12 de junio de 1976.
- Sánchez Morales, Julieta, *Reforma Constitucional de Derechos Humanos: hacia un nuevo Derecho en México*, Perseo, Programa de Universitario de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Número 19, Septiembre de 2014. Disponible en <http://www.pudh.unam.mx/perseo/reforma-constitucional-de-derechos-humanos-hacia-un-nuevo-derecho-en-mexico/>
- World Health Organization, *Global Report on trends in prevalence of tobacco smoking*. 2015. Sección México. Disponible en http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/156262/9789241564922_eng.pdf;jsessionid=A4F30789DE5D996B2CD526DD1731772E?sequence=1
- Factsheet 31. Office of the High Commissioner for Human Rights, disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>
- Hunt, Paul, *Reporte del Relator Especial para el Derecho a la Salud, Definición del Derecho Humano a la Salud*, 2003, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/109/82/PDF/G0310982.pdf?OpenElement>.
- Grover, Anand, *Reporte del Relator Especial para el Derecho a la Salud, El Derecho al Consentimiento Informado*, 2009, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/450/90/PDF/N0945090.pdf?OpenElement>