

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana en materia de protección a los derechos de los no fumadores

1. PLANTEAMIENTO

Decía Jorge Manrique, en su famosa elegía en forma de copla:

*Recuerde el alma dormida
avive el seso y despierte
contemplando
cómo se pasa la vida
cómo se viene la muerte,
tan callando;
cuán presto se va el placer,
cómo, después de acordado,
da dolor;
cómo, a nuestro parecer,
cualquiera tiempo pasado,
fue mejor.*

¿Realmente todo tiempo pasado fue mejor? La respuesta no puede ser más que un “depende”. Si de fumar hablamos, los de mi generación crecimos con el olor a cigarrillo como parte de nuestra vida cotidiana. Entonces se trataba de un hábito social apenas discutido y criticado por algún sector de la sociedad. Era un hábito tan generalizado entre los adultos, que formaba parte de lo que socialmente puede considerarse como “normal”. Los niños de entonces teníamos curiosidad por el tabaco y sabíamos que era algo

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

que hacían los grandes de manera tan natural como tener bigote o usar corbata; sabíamos que nuestro turno llegaría: solo era cuestión de tiempo. Los anuncios publicitarios de tabaco marcaron nuestra infancia al lado de paisajes campestres, briosos corceles, melodías inolvidables y árboles de navidad. Quienes fumaban en esos anuncios eran personas de todo tipo: trabajadores, empresarios, ricos, pobres, jóvenes, viejos, famosos y no famosos. Fumar era simplemente un pretendido signo de madurez para hombres y mujeres, aunque entonces un poco más vedado para ellas por razones machistas, incluso un signo de estatus social.

Sin embargo, más allá de la publicidad y la aparente normalidad, los hechos reflejaban una realidad: todo el ambiente alrededor del uso del tabaco traía consigo no solo los desagradables efectos inmediatos relacionados con el mal aliento y el mal olor de las personas y del ambiente, sino genuinos daños para la salud tanto de los fumadores activos como de los pasivos. En efecto, el humo del cigarrillo —producto de la combustión del tabaco y sus componentes— se diluye en el aire que todos respiramos y que, de por sí, está ya muy contaminado en las ciudades. El aire cargado de humo de cigarrillo no es, naturalmente, un aire sano para nadie ni agradable para todos.

Volviendo al tiempo pasado, el hábito de fumar traía consigo un mundo gris en el que el llamado “humo de segunda mano” o “humo de tabaco ambiental”¹ formaba parte de la atmósfera misma dentro del hogar, las aulas, las oficinas públicas, el transporte público, incluyendo los aviones, el cine y prácticamente cualquier espacio cerrado. En 2004, cuando entré a trabajar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), estábamos todavía en el pasado en cuanto al hábito de fumar. Me tocó compartir la oficina con alguien que fumaba y, si bien era posible llegar a ciertos acuerdos de convivencia, no existía una razón perentoria —como una ley— para cancelar la discusión sobre si se podía o no fumar dentro de la Corte. Ese mismo año, el 29 de enero, entró en vigor la Ley de Protección a la Salud de los no Fumadores en el Distri-

¹ Niezgodza Jessica, “Kicking Ash(Trays): Smoking Bans in Public Workplaces, Bars, and Restaurants - Current Laws, Constitutional Challenges, and Proposed Federal Regulation”, *Journal of Legislation*, vol. 33, núm. 1, 2007, <http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1117&context=jleg>

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

to Federal (LPSFDF). Al poco tiempo, el hábito de fumar en la Corte —y en cualquier otro espacio cerrado— había cambiado de significación jurídica: pasó de ser permitido a prohibido. A partir de entonces empezamos a ver el tiempo pasado no como algo mejor, sino como algo peor. Naturalmente, podemos imaginar a los fumadores pensando lo contrario: se había terminado —por obra del derecho— un tiempo pasado que para ellos había sido mejor, ya que la hasta entonces desconocida separación de los fumadores y de los no fumadores suponía un acto que, incluso, podría ser considerado por algunos como “discriminatorio”.²

Este sencillo ejemplo nos revela lo relativo de las palabras de Jorge Manrique, o mejor dicho, nos revela lo relativa que ha sido cierta interpretación de su legado, que para algunos se ha convertido en una suerte de melancolía por el pasado. Lo “mejor” o “peor” del pasado es tan relativo como subjetivo; por eso, el derecho legislado, como punto de convergencia que consigna los acuerdos necesarios para la convivencia, nos permite cambiar la dicotomía “mejor/peor” por la de “legal/ilegal” o “permitido/prohibido”. El derecho legislado es, puede decirse, un ámbito de objetividad que clausura *prima facie* nuestras deliberaciones, dentro de un marco de valores democráticos, y que además cuenta con un respaldo institucional, esto es, con el aparato coactivo del Estado.

Así, el derecho vino a erigirse como un valladar entre el tiempo pasado y el presente en cuanto a la actividad de fumar. Los

² El guanajuatense Salvador Rocha Díaz, prominente abogado empresarial, político y exministro de la SCJN, llegó a afirmar: “Discriminar tiene como primer sentido etimológico separar, y eso es lo que se pretende en el combate al consumo del tabaco. Si el gobierno considera que el consumo del tabaco es letal para fumadores y no fumadores, no hay alternativa más que prohibir su consumo, pero de ninguna manera violar los derechos humanos de unos y otros a través de la discriminación. Si armonizamos la libertad y la salud con los derechos humanos, aparece (sic) obvio que la solución es bien simple: el empresario que quiera instalar un café, bar, restaurante, hotel, etcétera, en el que se permita fumar, los que asistan podrán fumar o no fumar y tolerar el humo; si el empresario quiere instalar un café, bar, restaurante, hotel, etcétera, en el que no se permita fumar, los que asistan no podrán fumar, porque así lo desean o porque así lo establezcan las reglas del local”. Véase Rocha Díaz, Salvador, “Fumar y gozar la vida”, *El Universal*, 25 de octubre de 2007, <http://archivo.eluniversal.com.mx/nacion/155345.html>

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

primeros antecedentes legislativos en materia de protección a los no fumadores datan de la década de los noventa del siglo pasado, así como del primer lustro de este siglo. Se trata de algunos reglamentos y leyes locales que, de manera incipiente, intentaron regular la actividad de los fumadores. El lugar y el año de esos primeros intentos son:³ Distrito Federal (1990), Coahuila y Colima (1992), Baja California (1995), Tlaxcala (1997), Sonora (1999), Puebla (2000), Hidalgo, Chiapas y Jalisco (2001), Guanajuato (2002), Durango y Zacatecas (2003). Sin embargo, tales reglamentaciones no llegaron a representar un auténtico debate social y no tenemos noticia de que hayan sido en alguna medida eficaces. Sostengo lo anterior porque, con excepción de la legislación de Baja California, ninguna de esas leyes o reglamentos fueron impugnados. Sería en el otrora Distrito Federal donde se desencadenaría una auténtica efervescencia litigiosa a partir de la emisión de la LPSFDF, de 29 de enero de 2004, a la que ya me referí. Este cambio legislativo enfrentó dos acciones de inconstitucionalidad (AI 167/2007 y AI 119/2008) y una buena cantidad de amparos indirectos —con motivo de una reforma que sufrió dicha ley el 4 de marzo de 2008— que llegaron hasta la SCJN.⁴ Tantos, que el Pleno de la Corte decidió formar la Comisión 34, de secretarios de estudio y cuenta, encabezada por el ministro José Ramón Cossío Díaz —de la cual, cabe aclarar, no formé par-

³ Las regulaciones, en general, fueron muy básicas: se obliga a los propietarios de comercios, bares, restaurantes etc., a disponer de lugares para fumar y para no fumar, sin mayores especificaciones; se establecen listas de lugares donde queda prohibido fumar, como hospitales, cines, teatros, transporte público, oficinas de gobierno, bibliotecas, etc.; se establece la obligación de hacer campañas de concientización; se regulan inspecciones y se establecen sanciones como multas en salarios mínimos.

⁴ Por mi experiencia como secretario proyectista en la SCJN, puedo decir que la forma de selección de casos es de lo más simple: ante una avalancha de amparos (luego de una reforma, la expedición de una nueva ley, una miscelánea fiscal, etc.) se forman comisiones de letrados, comandados por un ministro. En reuniones de trabajo se revisan los expedientes, a fin de detectar temas, y se forma una lista exhaustiva. Una vez hecho lo anterior, se seleccionan aquellos casos que reúnan la mayor cantidad y variedad de temas, buscando formar grupos de cinco, para producir la jurisprudencia obligatoria. El método, podría decirse, es artesanal: no tiene mayor sofisticación. La experiencia de los secretarios es la herramienta más útil en esta empresa.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

te—, que analizaría todos los temas en paquete a fin de sentar jurisprudencia para, entre otras cosas, delegar a los tribunales colegiados los futuros casos. Así, se resolvieron los amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009.

El caso de Baja California no llegó a formar un auténtico precedente, porque la SCJN sobreseyó la acción de inconstitucionalidad 23/2004, mediante la cual se impugnó la Ley que Protege los Derechos de los no Fumadores en el Estado de Baja California (LFBC), por falta de legitimación activa de los accionantes: una minoría parlamentaria del Congreso estatal que no alcanzó el 33% exigido por los artículos 105, fracción II, inciso d) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y 62, primer párrafo, de la ley reglamentaria correspondiente. Posteriormente, el 30 de mayo de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* la Ley General para el Control del Tabaco (LGCT), que derogaría y reformaría varias disposiciones de la Ley General de Salud (LGS) relacionadas con la publicidad del tabaco.⁵ Al año siguiente, el 31 de mayo de 2009, se publicó en el *DOF* el Reglamento de la Ley General para el Control del Tabaco (RLGCT), que también sería impugnado, como se verá más adelante. Tanto la LGCT como su reglamento tienen aplicación en todo el territorio nacional: federación, estados, municipios y la Ciudad de México; sin embargo, las legislaciones locales y la general pueden coexistir con cierto tipo de diferencias por virtud de la concurrencia en las competencias legislativas.

Cuando se emitió la LGCT, la suerte ya estaba echada en cuanto a la jurisprudencia de la Corte, ya que las regulaciones de esta nueva ley eran esencialmente las mismas que la Corte refrendó y blindó al analizar la constitucionalidad de la LPSFDF. Con todo, algunos temas escaparon y volvieron a colarse hasta la SCJN. En esta nueva oleada de amparos, tanto el Tribunal Pleno

⁵ En la página 63 del *Diario Oficial de la Federación* de fecha 30 de mayo de 2008, pueden verse los arts. 2 y 3 del decreto correspondiente, en donde se lee: “ARTÍCULO SEGUNDO. Se derogan los artículos 188, 189, 190, 275, 276, 277, 277 bis, 308 bis y 309 bis de la Ley General de Salud, así como todas aquellas disposiciones que se opongan al presente Decreto [...]”. “ARTÍCULO TERCERO. Se reforman los artículos 3º, fracción XIV; 286, 301, 308, penúltimo párrafo, 309 y 4021 de la Ley General de Salud [...]”.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

como las salas de la Corte atendieron esos nuevos temas y generaron nuevos precedentes. Se trató ahora de otros cinco amparos en revisión: 315/2010 (Pleno), 430/2010 (2ª Sala), 2/2012 (1ª Sala), 725/2012 (1ª Sala) y 508/2012 (1ª Sala).

Como decía: para quienes nunca hicieron del fumar un hábito, claramente el tiempo pasado no fue mejor en ese aspecto, pero para un importante sector fue exactamente lo contrario. Sin embargo, ese grupo inconforme, a juzgar por el tipo de quejosos que acudieron al juicio de amparo, no estuvo integrado precisamente por personas físicas fumadoras, sino por establecimientos mercantiles que vieron amenazados sus ingresos, ganancias y negocio; fueron, pues, las fuerzas del mercado —especialmente de la industria gastronómica en general— las que enarbolaron las banderas, no de la libertad individual de los adictos al tabaco, sino las del capital, las ganancias y los dividendos. Para ellos, efectivamente, todo tiempo pasado fue mejor.

En este capítulo pretendo discutir los argumentos que esgrimió la SCJN para justificar las decisiones con las que se resolvieron algunas de esas inconformidades. Mi propósito es doble: por un lado, mostrar cuáles fueron los principales desacuerdos de los quejosos y cómo los respondió la Corte y, por el otro, evaluar la argumentación que soporta esas decisiones. Desde ahora anticipo que aunque la serie de decisiones producida es básicamente coherente, no está exenta de problemas argumentales que vale la pena desvelar.

La estrategia que voy a seguir es la siguiente: primero doy cuenta brevemente de los antecedentes legislativos de nuestro actual marco regulatorio en materia de tabaco (2.); enseguida me refiero a un primer conjunto de casos que se ventilaron en relación con el Distrito Federal (3.); luego analizo los casos vinculados a la derogación de la LGS, la expedición de la LGCT y su reglamento (4.), y finalmente presento algunas conclusiones (5.).

2. LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS NO FUMADORES EN LA HISTORIA DE MÉXICO

Al estar organizado como federación, México cuenta con varios órdenes jurídicos que conviven entre sí, de conformidad con el

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

marco constitucional de competencias; así, tenemos el federal, el local o estatal, el municipal, el de la Ciudad de México y el constitucional. Una de las implicaciones de esta forma de organizar jurídicamente al Estado es la existencia de *facultades concurrentes* a cargo de las distintas entidades legislativas para emitir, reformar o derogar normas en determinadas materias, tales como la educativa, la de *salubridad*, la de asentamientos humanos, la de seguridad pública, la ambiental, la de protección civil y la deportiva.⁶

⁶ Véase Tesis P. XXIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 7, t. I, junio de 2014, p. 167, de rubro: TURISMO. LOS ARTÍCULOS 1, PÁRRAFO SEGUNDO, 2, 3, FRACCIONES I, XVIII Y XX, Y 4 AL 10 DE LA LEY GENERAL RELATIVA, PREVÉN LAS BASES GENERALES DE COORDINACIÓN DE LAS FACULTADES CONCURRENTES ENTRE LA FEDERACIÓN, LOS ESTADOS, EL DISTRITO FEDERAL Y LOS MUNICIPIOS EN ESA MATERIA, POR LO QUE SON ACORDES AL ÁMBITO CONFERIDO AL CONGRESO DE LA UNIÓN EN EL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XXIX-K, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; Tesis P./J. 15/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, lib. X, t. 1, julio de 2012, p. 346, de rubro: PROTECCIÓN AL AMBIENTE Y PRESERVACIÓN Y RESTAURACIÓN DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO. LOS GOBIERNOS FEDERAL, ESTATALES Y MUNICIPALES TIENEN FACULTADES CONCURRENTES EN ESTA MATERIA, EN TÉRMINOS DE LA LEY GENERAL QUE EXPIDA EL ÓRGANO LEGISLATIVO FEDERAL; Tesis: P./J. 38/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, lib. I, t. 1, octubre de 2011, p. 288, de rubro: FACULTADES CONCURRENTES EN MATERIA DE ASENTAMIENTOS HUMANOS Y DE PROTECCIÓN AL AMBIENTE Y DE PRESERVACIÓN Y RESTAURACIÓN DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO. LOS PROGRAMAS DE DESARROLLO URBANO MUNICIPAL DEBEN SER CONGRUENTES CON LOS DE ORDENAMIENTO ECOLÓGICO FEDERALES Y LOCALES; Tesis: P./J. 18/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 885, de rubro: ASENTAMIENTOS HUMANOS. EL ARTÍCULO 52 DE LA LEY DE DESARROLLO URBANO DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, ANALIZADO EN EL CONTEXTO DE LAS FACULTADES CONSTITUCIONALES CONCURRENTES EN ESA MATERIA, ES CONSTITUCIONAL, y Tesis 1a. CXXVI/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 166, de rubro: DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN Y LOS CONGRESOS LOCALES CONTABAN CON FACULTADES CONCURRENTES PARA LEGISLAR EN ESTA MATERIA (CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 18 DE JUNIO DE 2008).

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

La facultad para legislar sobre los derechos de los no fumadores, al formar parte de la salubridad, es concurrente. Eso explica que existan leyes y reglamentos referidos, ya sea de forma específica o de manera genérica —en leyes de salud—, a la protección de los derechos de los no fumadores.

Las primeras regulaciones relacionadas con el consumo del tabaco no fueron específicas, sino que formaban parte de las distintas legislaciones sobre salud. Las más antiguas datan de 1984. El siguiente cuadro ilustra lo anterior:

CUADRO 1. *Leyes generales de salud que incluyen disposiciones en materia de control del tabaco, por orden cronológico (1984-2008)*

| <i>Año de emisión</i> | <i>Entidad</i> | <i>Nombre de la ley</i> | <i>Estatus</i> |
|-----------------------|----------------|-----------------------------|----------------|
| 1984 | Federación | Ley General de Salud | Vigente |
| | Hidalgo | Ley de Salud Pública | Abrogada |
| 1985 | Zacatecas | Ley Estatal de Salud | Abrogada |
| | Querétaro | Ley de Salud del Estado | Abrogada |
| 1986 | Guanajuato | Ley de Salud del Estado | Vigente |
| | Jalisco | Ley Estatal de Salud | Vigente |
| 1987 | Durango | Ley de Salud del Estado | Abrogada |
| | Chihuahua | Ley Estatal de Salud | Abrogada |
| | Sinaloa | Ley de Salud del Estado | Abrogada |
| | Campeche | Ley de Salud del Estado | Abrogada |
| 1988 | Veracruz | Ley 113 de Salud del Estado | Vigente |
| | Nuevo León | Ley Estatal de Salud | Vigente |
| 1992 | Yucatán | Ley de Salud del Estado | Vigente |
| | Sonora | Ley Estatal de Salud | Vigente |
| 1993 | Coahuila | Ley Estatal de Salud | Vigente |
| 1994 | Oaxaca | Ley Estatal de Salud | Vigente |
| | Nayarit | Ley de Salud para el Estado | Vigente |
| | Michoacán | Ley de Salud del Estado | Vigente |
| | Puebla | Ley Estatal de Salud | Vigente |
| | Quintana Roo | Ley de Salud del Estado | Vigente |

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

| <i>Año de emisión</i> | <i>Entidad</i> | <i>Nombre de la ley</i> | <i>Estatus</i> |
|-----------------------|---------------------|--|----------------|
| 1995 | Tabasco | Ley de Salud del Estado | Abrogada |
| | Guerrero | Ley 159 de Salud del Estado | Vigente |
| | San Luis Potosí | Ley Estatal de Salud | Abrogada |
| 1998 | Chiapas | Ley de Salud del Estado | Vigente |
| 1999 | Aguascalientes | Ley de Salud del Estado | Vigente |
| | Baja California Sur | Ley de Salud para el Estado | Abrogada |
| 2000 | Morelos | Ley de Salud del Estado | Abrogada |
| | San Luis Potosí | Ley Estatal de Salud | Abrogada |
| | Tlaxcala | Ley de Salud para el Estado | Vigente |
| | Colima | Ley de Salud del Estado | Vigente |
| 2001 | Baja California | Ley de Salud Pública para el Estado | Vigente |
| | Tamaulipas | Ley de Salud para el Estado | Vigente |
| 2002 | Durango | Ley de Salud del Estado | Vigente |
| 2003 | Querétaro | Ley de Salud del Estado | Abrogada |
| 2004 | Sinaloa | Ley de Salud del Estado | Vigente |
| | San Luis Potosí | Ley Estatal de Salud | Vigente |
| | Baja California Sur | Ley de Salud para el Estado | Vigente |
| 2005 | Morelos | Ley de Salud para el Estado de Morelos | Vigente |
| 2008 | Campeche | Ley de Salud del Estado | Vigente |

Por otra parte, la legislación específica dirigida a la protección de los no fumadores empezó a promulgarse hacia la última década del siglo xx. Al día de hoy, prácticamente todas las entidades federativas cuentan con la suya. El cuadro 2 muestra, en orden cronológico, la aparición de estas leyes en cada entidad, incluyendo las del orden federal:

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

CUADRO 2. *Leyes específicas de protección a los no fumadores por entidad*

| <i>Fecha de publicación</i> | <i>Entidad</i> | <i>Legislación</i> | <i>Última modificación</i> | <i>Estatus</i> |
|-----------------------------|---------------------|--|----------------------------|----------------|
| 30/10/2006 | Aguascalientes | Ley para la protección de los no fumadores | 15/06/2015 | Vigente |
| 20/09/2013 | Baja California | Ley de protección contra la exposición al humo de tabaco | 21/10/2016 | Vigente |
| 30/06/2014 | Baja California Sur | Ley de protección a la exposición del humo de tabaco del estado de Baja California Sur | 21/10/2016 | Vigente |
| 16/07/2009 | Campeche | Ley de protección a la salud de los no fumadores | Sin modificación | Vigente |
| 16/11/2015 | Chiapas | Ley de protección contra la exposición al humo de tabaco del estado de Chiapas | Sin modificación | Vigente |
| 08/06/2005 | Chihuahua | Ley de equilibrio ecológico y protección al ambiente | 22/02/2017 | Vigente |
| 07/11/2009 | | Ley de protección a la salud de los no fumadores | 22/02/2017 | Vigente |
| 29/01/2004 | Ciudad de México | Ley de protección a la salud de los no fumadores | 28/11/2014 | Vigente |
| 01/06/2007 | Coahuila | Ley para la protección de los no fumadores | 09/08/2016 | Vigente |
| 03/05/2008 | Colima | Ley estatal de protección a la salud de los no fumadores | 22/11/2016 | Vigente |
| 29/06/2006 | Durango | Ley de protección a los no fumadores | 19/03/2017 | Vigente |
| 31/08/2012 | Estado de México | Ley de prevención del tabaquismo y protección ante la exposición al humo de tabaco | 20/12/2016 | Vigente |
| 30/05/2008 | Federación | Ley general para el control del tabaco | 06/01/2010 | Vigente |
| 31/05/2009 | | Reglamento de la LGCT | 09/10/2012 | Vigente |

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

| <i>Fecha de publicación</i> | <i>Entidad</i> | <i>Legislación</i> | <i>Última modificación</i> | <i>Estatus</i> |
|-----------------------------|-----------------|---|----------------------------|----------------|
| 28/05/2002 | Guanajuato | Reglamento sobre el consumo del tabaco | 07/05/2004 | Vigente |
| 02/01/2004 | Guerrero | Ley núm. 101 para la protección de los no fumadores | Sin modificación | Vigente |
| 07/06/2010 | Hidalgo | Ley de protección contra los efectos nocivos del tabaco | 31/12/2016 | Vigente |
| 17/11/2012 | Jalisco | Ley de protección contra la exposición al humo de tabaco | 11/10/2016 | Vigente |
| 07/11/2008 | Michoacán | Ley de protección a los no fumadores | 29/12/2016 | Vigente |
| 14/12/2011 | Morelos | Ley de protección contra la exposición frente al humo de tabaco del Estado de Morelos | 04/05/2016 | Vigente |
| | Nayarit | * No hay legislación | | |
| 14/06/2013 | Nuevo León | Ley de protección contra la exposición al humo del tabaco | Sin modificación | Vigente |
| 23/01/2015 | Oaxaca | Ley de protección contra la exposición al humo de tabaco | Sin modificación | Vigente |
| 26/01/2005 | Puebla | Ley de protección a los no fumadores | 20/01/2010 | Vigente |
| 07/08/2007 | Quintana Roo | Ley de protección a la salud de los no fumadores | Sin modificación | Vigente |
| 28/03/2009 | San Luis Potosí | Ley estatal de protección a la salud de las personas no fumadoras | 20/12/2016 | Vigente |
| 11/02/2008 | Sinaloa | Ley que protege la salud y los derechos de los no fumadores | 28/12/2016 | Vigente |
| 06/03/2006 | Sonora | Ley de protección ciudadana contra los efectos nocivos del tabaco | 16/12/2013 | Vigente |
| | Tabasco | * No hay ley específica | | |

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

| <i>Fecha de publicación</i> | <i>Entidad</i> | <i>Legislación</i> | <i>Última modificación</i> | <i>Estatus</i> |
|-----------------------------|----------------|---|----------------------------|----------------|
| 06/09/2006 | Tamaulipas | Ley de protección para los no fumadores | 21/12/2016 | Vigente |
| 30/07/1997 | Tlaxcala | Ley de protección para los no fumadores | 23/04/2008 | Vigente |
| 11/01/2012 | Veracruz | Ley número 327 para la protección de los no fumadores | Sin modificación | Vigente |
| 08/06/2007 | Yucatán | Ley de prevención de las adicciones y el consumo abusivo de bebidas alcohólicas y tabaco | 28/12/2016 | Vigente |
| 05/10/2011 | Zacatecas | Ley de protección contra la exposición al humo de tabaco, antes ley de protección de la salud de los no fumadores | 25/08/2012 | Vigente |

Solamente los estados de Nayarit y Tabasco carecen de legislación específica, y el estado de Guanajuato tiene un reglamento que desarrolla en detalle el artículo 160 bis de la ley de salud del estado.

En suma, la línea del tiempo de la historia de la legislación en materia de control del tabaco, que resulta relevante para este trabajo, podría resumirse de la siguiente manera:

CUADRO 3. *Historia de la legislación sobre control de tabaco en México*

| <i>1984</i> | <i>2004</i> | <i>2008</i> | <i>2009</i> | <i>2015</i> |
|---|--|-------------|-------------|--|
| LGS y Ley de Salud Pública del Estado de Morelos, emiten las primeras regulaciones generales. | D.F. y Guerrero, los primeros en emitir una legislación específica | LGCT | RLGCT | Chiapas es el Estado con la legislación específica más reciente. |

III. JURISPRUDENCIA SOBRE LA LEGISLACIÓN DEL ENTONCES DISTRITO FEDERAL

Analizaré aquí dos acciones de inconstitucionalidad y cinco amparos. ¿Qué argumentos se advierten, tanto por parte de los quejosos o accionantes como por parte de la SCJN?

3.1 Acción de inconstitucionalidad 167/2007

La Segunda Sala de la SCJN resolvió este caso el 9 de abril de 2008, bajo la ponencia de la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, por unanimidad de cinco votos. El 3 de diciembre de 2007, el entonces procurador general de la República, Eduardo Tomás Medina-Mora Icaza, presentó la acción de inconstitucionalidad para impugnar la constitucionalidad de los artículos 12 bis y 32 de la LPSFDF, cuya reforma había sido publicada en la *Gaceta Oficial* de la entidad el 1 de noviembre de ese mismo año. En el primero de ellos se prescribía que quedaba prohibido para la industria tabacalera la promoción o patrocinio de eventos deportivos, culturales y sociales o actividades relacionadas con los mismos; mientras que en el segundo se establecía una multa (30 días de salario mínimo) al titular de la concesión o permiso de transportación pública de pasajeros que no fijara las señalizaciones o tolerara la realización de las conductas prohibidas a que se refería dicha ley. En cuanto al primero de los artículos impugnados, el procurador argumentó que se trataba de una facultad reservada al Gobierno federal, por lo que, a su juicio, violaba la distribución de competencias. Referente al artículo 32, señaló que la multa establecida era fija, lo cual era violatorio del artículo 22 constitucional.

La Segunda Sala de la SCJN no atendió los argumentos de fondo, porque se actualizó la causal de improcedencia prevista en el artículo 19, fracción V, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II, del Artículo 105⁷, ya que cesaron los efectos de la norma impugnada; lo anterior debido a que el 4 de marzo de 2008 se

⁷ Art. 19. Las controversias constitucionales son improcedentes: [...] V. Cuando hayan cesado los efectos de la norma general o acto materia de la controversia.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

emitió un decreto de reforma mediante el cual se derogó el artículo 12 bis de la norma impugnada y se reformó el 32 de la misma, para determinar, en el caso de este último, que la multa que se impondría sería de entre 30 y 100 días de salario mínimo.

Al respecto, conviene recordar que la acción de inconstitucionalidad fue interpuesta el 3 de diciembre de 2007 y resuelta el 9 de abril de 2008, es decir, apenas cuatro meses después. Este tipo de casos suelen considerarse como fáciles, puesto que sencillamente se trata de un “sobreseimiento de trámite”, en tanto que el motivo de impugnación desapareció de la legislación vigente: uno de los artículos fue derogado y el otro modificado en su contenido. En el caso de haber procedido la acción, es decir, si los artículos no se hubieran reformado, muy probablemente se habría determinado que el artículo 12 bis resultaba constitucionalmente válido, dado que la salubridad general es una facultad concurrente, por lo que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal bien podía legislar en materia de control de tabaco. Por su parte, el artículo 32 habría podido ser declarado como inconstitucional, en atención a la abundante jurisprudencia que interpreta el artículo 22 constitucional en el sentido de que de él emana la prohibición de establecer multas fijas.

3.2. Acción de inconstitucionalidad 119/2008

El Tribunal Pleno de la SCJN resolvió este caso el 3 de septiembre de 2009; el ponente fue el ministro Genaro David Góngora Pimentel.⁸ Algunos diputados de la Cuarta Legislatura de la

⁸ La votación fue un tanto controvertida; de hecho, hubo varias votaciones: 1) por mayoría de seis votos de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Silva Meza y del presidente Ortiz Mayagoitia, se determinó que Ley General para el Control del Tabaco sí es una ley general; los ministros Cossío Díaz, Gudiño Pelayo y Sánchez Cordero votaron en contra; 2) por mayoría de ocho votos de los ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Franco González, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Ortiz Mayagoitia, se determinó que en el caso concreto sí es posible analizar las violaciones indirectas que se hacen valer respecto de la Ley General para el Control del Tabaco; la ministra Luna Ramos votó en contra, y 3)

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

Asamblea Legislativa del Distrito Federal —parte actora en esta causa— impugnaron dos decretos de reforma: uno de 4 de marzo de 2008 y otro emitido el 3 de octubre de 2008; ambos de la LPSFDF. En cuanto al primer decreto, la impugnación fue considerada extemporánea, pues se llevó a cabo el 3 de noviembre de 2008, excediendo los 30 días previstos por el artículo 60 de la Ley Orgánica de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional.⁹ La impugnación del segundo decreto fue resuelta de fondo, a partir del siguiente argumento central planteado por la parte actora: la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es incompetente para expedir la ley impugnada, porque en términos del artículo 3, fracción XXII, de la LGS, el programa contra el tabaquismo es materia de salubridad general reservada constitucionalmente al Congreso de la Unión. A lo sumo —continúa el argumento—, las entidades federativas tienen facultades operativas —y no legislativas— en relación con el programa contra el tabaquismo. La parte actora también señaló que cuando se expidiera la LGCT —que se promulgaría con posterioridad a la presentación de la demanda— se produciría incertidumbre, porque habría contradicciones entre esta y la ley impugnada. Finalmente, señaló que esta última iba más allá de lo establecido en la LGS, ya que de conformidad con su artículo 31, quienes violasen dicha ley serían sancionados en los términos de la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal.

El Tribunal Pleno de la Corte advirtió, en primer lugar, que la impugnación no estaba directamente planteada contra la Constitución, sino contra la LGS, por lo que, en todo caso, se trataba de una violación indirecta. En este tipo de casos —se afirma en la sentencia—, de la interpretación literal del artículo 105, frac-

por unanimidad de nueve votos de los ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Peñayo, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Ortiz Mayagoitia, se aprobó el proyecto final. Los ministros Azuela Güitrón y Valls Hernández no asistieron a la sesión.

⁹ Art. 60. El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

ción II, de la CPEUM, se sigue que, por regla general, la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto el contraste entre una norma general y la Constitución, por lo que no podría proceder una impugnación indirecta; sin embargo, cuando se trata de normas de “especial relevancia constitucional” que tienen por objeto servir como parámetro de validez de otras normas, como las leyes generales o las leyes orgánicas, entonces es posible admitir una impugnación indirecta, como la planteada. Las leyes generales establecen las competencias concurrentes, es decir, determinan qué aspecto específico de la materia de que se trate debe legislar el Congreso de la Unión o los órganos legislativos locales, lo cual no puede hacer la Constitución. En ese sentido, dichas leyes generales pueden servir —señala la sentencia— como parámetro de control constitucional.

En segundo lugar, la Corte determinó que la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal (D.F., hoy Ciudad de México) sí tiene facultades para legislar en materia de protección a la salud de los no fumadores, ya que esta materia es un aspecto de salubridad general que debe ser considerada concurrente en términos de los artículos 4 y 73, fracción XVI, de la CPEUM. Consecuentemente, tanto la LGS como la LGCT (expedida, como se señaló, el 30 de mayo de 2008) solo establecen bases mínimas para que la federación, los estados o el D.F. desarrollen la distribución de competencias para legislar en esa materia. Dichas bases se encuentran en la LGS, de cuyos artículos 3, fracción XIV y 13, apartado B, fracción I, se advierte que los programas de prevención, orientación, control y vigilancia en materia de enfermedades atribuibles al tabaquismo corresponden a las entidades federativas, dentro de las que se encuentra el Distrito Federal. Por lo anterior, la Asamblea Legislativa de esa entidad puede legislar en materia de protección a la salud de los no fumadores, conforme al artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso i), constitucional, que faculta expresamente a dicho órgano a normar los aspectos de salubridad general que le competen.

Finalmente, para la Corte quedó claro que el hecho de que la legislación impugnada no coincidiera exactamente con los preceptos de la LGS no suponía necesariamente una violación constitucional, puesto que entre las leyes expedidas por la Asamblea y las que emite el Congreso de la Unión no existe relación

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

alguna de supra o subordinación, sino estrictamente de igualdad y yuxtaposición. Se trata —continúa la Corte— de un concepto dinámico de federalismo, en el que las líneas divisorias de las actividades de la Unión y de las entidades federativas son móviles y flexibles, en un necesario ambiente de cooperación y coordinación. De este modo, la relación competencial entre la federación y el Distrito Federal ha obedecido a dos criterios: uno de división vertical, según el cual las facultades para legislar en lo relativo al D.F. han recaído en el Congreso de la Unión —con excepción de lo expresamente concedido a la Asamblea Legislativa— y otro de tipo cooperativo, conforme al cual se establece un reparto de competencias entre la federación y el D.F. atendiendo a la distribución de competencias que se haga mediante las leyes generales. Consecuentemente, dice la Corte, la Asamblea Legislativa del D.F. estaba en condiciones de aumentar esas obligaciones y prohibiciones; lo que no podía era reducirlas, porque ello habría hecho nugatoria la ley general. Entonces, concluyó que el hecho de que el artículo 31 de la LPSFDF previera que los empresarios que incumplieran las disposiciones de la ley serían sancionados conforme a la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal, no resultaba violatorio del parámetro de regularidad constitucional, sino que, por el contrario, la legislación local ampliaba la protección mínima garantizada por la ley marco.¹⁰

Con relación a este caso, conviene señalar dos cosas:

- 1) Llama la atención el criterio porque constituye una declaración firme de la Suprema Corte en el sentido de que

¹⁰ La Corte emitió dos tesis de jurisprudencia: 1) la número 166, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el Apéndice de 2011, t. I, Constitucional, 1. Distribución de Funciones entre las Entidades Políticas del Estado Mexicano Primera Parte -SCJN Tercera Sección- Esfera del Distrito Federal, Novena Época p. 216, de rubro: ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. ESTÁ FACULTADA PARA LEGISLAR EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES, y 2) Tesis P./J. 7/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2313, de rubro: ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. NO ESTÁ OBLIGADA A REGULAR LAS ÁREAS LIBRES DE HUMO DE TABACO EN LOS MISMOS TÉRMINOS QUE LOS DE LA LEY GENERAL PARA EL CONTROL DEL TABACO.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

el parámetro de control de la regularidad constitucional no solo se extiende “hacia afuera”, es decir, hacia el derecho internacional de los derechos humanos, como lo señala el artículo 1 constitucional, sino también “hacia adentro”, a través de las leyes generales y las leyes orgánicas. Esta modalidad de impugnación prácticamente no se estila por los abogados, quienes suelen optar por la impugnación directa de normas generales con relación al texto constitucional. Con este criterio, la Corte admite que el bloque de constitucionalidad (llamado por la SCJN “parámetro de control de regularidad constitucional”) es claramente más amplio que el que regularmente se piensa, e invita a los litigantes y operadores jurídicos a mirar a las leyes generales y orgánicas en el mismo plano que los tratados internacionales. Esto supone que el principio pro persona, tan aclamado en la actualidad, tiene también movimiento hacia dentro del sistema, con lo cual podría eventualmente encontrarse en ese ámbito una mejor y mayor protección de derechos. ¿Qué pasaría si un juez o abogado argumentara en un determinado caso que la mayor protección se encuentra en alguna ley general y no en la Constitución, ni en un tratado internacional ni en la jurisprudencia de la Corte Interamericana? ¿El no argumentar de esta manera constituiría un caso de “malinchismo judicial”?¹¹

- 2) Este caso representa un esfuerzo de la Corte por fortalecer el federalismo, al distinguir entre los criterios de división vertical y división cooperativa en aquellas materias que son consideradas como concurrentes por la Constitución federal. La concepción de un federalismo dinámico constituye una muestra de clarificación de nuestro intrincado sistema de distribución de competencias. Es significativo el argumento de la Corte según el cual, si la Asamblea Legislativa no pudiera ir más allá de las bases mínimas de la LGS, entonces no tendría ningún sentido la facultad legislativa concurrente. Por lo demás, el verdadero sentido de

¹¹ En México, el “malinchista” es aquel que prefiere lo extranjero sobre lo nacional, en alusión a Marina (*La Malinche*), la supuesta amante y aliada de Cortés, que contribuyó a favor de los españoles durante la Conquista.

una facultad concurrente —queda claro en la sentencia— es permitir el desarrollo de la legislación local de conformidad con las necesidades sociales del lugar. Por ejemplo, la complejidad de una ciudad como la capital del país no puede compararse con la de un pequeño municipio del interior de la República; por ello, se antoja racional que a partir de las bases generales cada entidad determine los detalles de la regulación en materia de protección de la salud de los no fumadores.

3.3. Amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009

Como se señaló líneas arriba, la Corte seleccionó este grupo de expedientes de entre un número muy grande de asuntos similares para ser resueltos por la Comisión 34, integrada por secretarios de estudio y cuenta de la SCJN, y teniendo como ponente y coordinador al ministro José Ramón Cossío Díaz.¹² Los expedientes fueron resueltos el 15 de marzo de 2011 por el Tribunal Pleno de la SCJN, por unanimidad de 11 votos.¹³ Con estos cinco casos se logró abarcar la totalidad de los temas planteados en el conjunto mayor, y así emitir la jurisprudencia obligatoria que permitiría sentar precedentes para resolver casos futuros y poder delegar a los tribunales colegiados el resto de los casos.

¹² Prácticamente todos los quejosos fueron personas morales dedicadas a la industria de los servicios de alimentación. Los cinco casos seleccionados fueron los amparos en revisión: 1) AR 96/2009 Técnica Alimenticia con Sabor, S.A. de C.V.; 2) AR 97/2009 Grupo Posadas, S.A. de C.V.; 3) AR 123/2009 Gastronomía Carranza, S.A. de C.V.; 4) AR 160/2009 Coordinadora Mexicana de Restaurantes, S.A. de C.V. y Restaurantes Especializados, S.A., y 5) AR 234/2009 Club de Industriales, A.C.

¹³ El amparo en revisión 96/2009 tuvo dos votaciones diferenciadas: 1) la votación general fue por unanimidad de 11 votos, y 2) por mayoría de seis votos de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia, se determinó que no debería hacerse referencia a un “núcleo esencial”, en el considerando séptimo. Los ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Sánchez Cordero de García Villegas y el presidente Silva Meza votaron en contra.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Los planteamientos de los quejosos fueron tan imaginativos como sugerentes: se consideró que la legislación violaba la libertad de comercio, el principio de igualdad y no discriminación, el derecho de propiedad; que las restricciones de la ley se traducían en penas inusitadas y trascendentes; que las prohibiciones descansaban en un paternalismo injustificado que violaba derechos humanos, y que se violaban los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Antes de profundizar en estas líneas argumentativas, conviene señalar que la base argumental que utilizó la SCJN para responder los argumentos concretos fue un test de proporcionalidad de escrutinio no estricto, ya que no estaba involucrada alguna categoría sospechosa¹⁴ (tesis P./J. 28/2011 y P./J. 29/2011).¹⁵ El test es el siguiente:

¹⁴ La doctrina de los niveles de escrutinio proviene de la tradición estadounidense, concretamente del caso *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938). En este caso se analizó la constitucionalidad de una ley federal que prohibía el comercio interestatal de leche entera. Lo más relevante de este caso fue la famosa *Footnote Four*, en la que la Suprema Corte de los Estados Unidos introdujo la idea de crear diferentes niveles de escrutinio o revisión judicial sobre la inconstitucionalidad de algunas leyes, en relación con la importancia de los derechos que afectan. Con el tiempo, se desarrollarían los estándares de escrutinio leve, medio y estricto. El escrutinio estricto está directamente relacionado con las “categorías sospechosas”, es decir, contenidos o temas sociales de gran relevancia como la raza, el origen nacional, la religión y, en algunos casos, el nacimiento, en los Estados Unidos. Se considera que el primer caso en el que realmente fue aplicado el escrutinio estricto fue en *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), en el que se validó una orden ejecutiva que detuvo a los japoneses estadounidenses en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial, sin importar su ciudadanía. Véase Hernández Martínez, Fredy Antonio, “La clasificación sospechosa y la amplitud constitucional en los Estados Unidos: un análisis a las constituciones de los 50 estados”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 84, núm. 2, pp. 303 y ss. Esta doctrina fue introducida en la Corte mexicana, en la Tesis Aislada 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183, de rubro: PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS.

¹⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 5, de rubro ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

- 1) La medida persigue una finalidad constitucionalmente legítima, ya que la exposición de motivos refleja que la finalidad de la norma es la protección de la salud prevista en el artículo 4 constitucional.
- 2) La medida es instrumentalmente apta y necesaria porque, valiéndose de estudios científicos, como el realizado en 2009 por el Instituto de medicina de la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos: “Secondhand Smoke Exposure and Cardiovascular Effects: Making Sense of the Evidence”, la SCJN concluyó que existe una relación causa-efecto entre el humo que se inhala pasivamente y la elevación del riesgo de padecer problemas cardiovasculares. Además, señaló que existen estudios similares que demuestran que las medidas podrían reducir el riesgo de un infarto entre 6 y 47%.
- 3) Finalmente, la medida es proporcional, porque no incide en el centro o núcleo del derecho a elegir una profesión u oficio; de hecho “[...] la restricción legislativa no es una restricción de entrada, no condiciona la posibilidad de tener la propiedad o la explotación de un establecimiento mercantil, sino que simplemente regula algunas de sus condiciones de ejercicio, como tantas otras en el universo de normatividad reguladora de los establecimientos y oficinas abiertas al público”.¹⁶ Por lo demás —agrega la Corte— la prohibición de fumar es dual: aunque limita o modula el ejercicio de la libertad de comercio de unos, aumenta y potencia el ejercicio de la libertad de trabajo de

CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN, y *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 20, de rubro PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES. LAS NORMAS QUE RESTRINGEN LA POSIBILIDAD DE FUMAR EN ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES ABIERTOS AL PÚBLICO DEBEN SER ANALIZADAS BAJO ESCRUTINIO NO ESTRICTO.

¹⁶ Véase, por todos, el amparo en revisión 96/2009, *cit.*, p. 81. Conviene aclarar que el primer test de igualdad de la SCJN se transformó en la entonces tesis asilada 1ª. LXVI/2008, de la Primera Sala, que fue la invocada en el asunto. Posteriormente, se transformó en la tesis jurisprudencial 1ª. J. 2/2012 (9ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. V, t. 1, febrero de 2012, p. 533, de rubro: RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

otros: los trabajadores de oficinas y comercios que quedarán a salvo del humo.

Con la aplicación del test anterior, prácticamente quedó resuelto el núcleo de la impugnación de todos los amparos; sin embargo, en cada una de las sentencias, la Corte tuvo el cuidado de atender puntualmente los argumentos esgrimidos por los quejosos. A continuación, doy cuenta de cada uno de ellos acompañados de la respuesta de la Corte y de un comentario personal.

a) *Falta de competencia*

A juicio de los quejosos, el legislador local no tiene facultades para legislar en materia de protección a la salud de los no fumadores, por lo que no puede tomar medidas distintas a las previstas en la LGCT. Para resolver este planteamiento, la Corte aplicó la jurisprudencia surgida de la acción de inconstitucionalidad 119/2008 (supra, apdo. 3.2), con la cual determinó que la Asamblea Legislativa del D.F. claramente estaba facultada para legislar en la materia y podía extender las prohibiciones correspondientes a partir de las bases mínimas.¹⁷

A mi juicio, este argumento, además de buscar la no redundancia (se aplica un precedente obligatorio derivado de una acción de inconstitucionalidad que resuelve de manera puntual el problema planteado), pone en práctica esa suerte de bloque de constitucionalidad “hacia adentro”, al que me referí líneas arriba. Con ello es claro que, por un lado, el Tribunal Pleno es consistente con sus propios criterios y, por el otro, muestra una genuina deferencia con el legislador.

¹⁷ Con todo, el Pleno generó dos tesis jurisprudenciales: Tesis P./J. 19/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 8, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. EL LEGISLADOR LOCAL TIENE COMPETENCIA PARA EMITIRLA, y Tesis P./J. 20/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 6, registro 161232. de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. EL LEGISLADOR LOCAL PUEDE ADOPTAR MEDIDAS DISTINTAS A LAS PREVISTAS EN LA LEY GENERAL PARA EL CONTROL DEL TABACO.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

b) Libertad de comercio

A decir de los quejosos, la legislación antitabaco restringe el ejercicio del comercio, porque les priva del derecho a elegir si en su establecimiento se destinan áreas debidamente acondicionadas para fumadores. Consideran que tienen derecho a prestar sus servicios a todas las personas, independientemente de su calidad de fumadores o no fumadores, y que ese derecho se ve restringido por las reformas combatidas, al impedirseles prestar sus servicios a los fumadores. Finalmente, consideran que los cambios legislativos provocarán que las personas que fuman dejen de asistir a los establecimientos, con lo cual disminuirán sus ganancias.

El argumento fue calificado por la Corte como infundado. A su juicio, la legislación no impone una limitación desproporcionada, ya que las medidas no inciden en el núcleo del derecho (libertad de comercio); no se trata de una restricción, sino de una regulación de algunas de las condiciones de su ejercicio, como tantas otras. El efecto de la prohibición es dual: limita y modula el ejercicio de la libertad de comercio en unos, pero aumenta y potencia el ejercicio de la libertad de trabajo de otros: los trabajadores de las oficinas y establecimientos abiertos al público en el Distrito Federal.¹⁸

El razonamiento es muy interesante, pues muestra una relación entre la modulación o regulación de un derecho (libertad de comercio) y la potenciación de otro (derecho al trabajo), lo que es justamente la proporcionalidad. Lo remarcable aquí radica en que la potenciación del segundo sirve como justificación de la limitación del primero, tal y como lo pensó Robert Alexy, aunque sin necesidad de la fórmula de peso. Con todo, se trata —si se me permite— de un “caso fácil” de proporcionalidad, pues nadie —o casi nadie— se atrevería a defender racionalmente el ejercicio de una libertad (la de comercio) basada en una actividad objetivamente perniciosa para la salud en general, como fumar, frente

¹⁸ El criterio quedó registrado en la jurisprudencia P./J. 27/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 19, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS LIMITADORAS DE LA LIBERTAD DE COMERCIO.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

a otra libertad (la de trabajo) basada en un bien objetivamente valioso como el trabajo remunerado. A esta “facilidad” de ciertos casos de ponderación Atienza apela más bien un sentido común jurídico.¹⁹

c) Violación al principio de igualdad y no discriminación

Las empresas quejasas afirman que la ley impugnada es discriminatoria en dos sentidos: 1) impide prestar servicio a los fumadores en espacios cerrados, lo cual implica un trato desigual injustificado con relación a los no fumadores, como si aquellos fueran delincuentes, y 2) supone un trato discriminatorio para los establecimientos que no cuentan con espacios abiertos con relación a los que sí los tienen.

Para la Corte, la medida resulta adecuada desde los fines de la norma: proteger a las personas contra los efectos del humo del tabaco, por ello no es posible afirmar que se da una ventaja injustificada a los establecimientos que cuentan con espacios abiertos. La normativa prohíbe a los consumidores de tabaco dañarse a sí mismos en espacios determinados y les permite hacerlo en espacios abiertos donde el daño para terceros es menor. La ley solo determina condiciones de operación que están plenamente justificadas. Por lo anterior, el argumento resultó infundado.²⁰

Me parece claro que, aunque no se dice expresamente, este argumento es justificadamente paternalista porque cumple con la estructura y la materialidad: 1) si se quiere evitar un daño al sujeto B, que es un fumador, y 2) B muestra déficit de voluntad, entonces 3) se debe imponer a B la medida X (impedir prestar servicio de comidas a los fumadores en lugares cerrados).²¹ Cla-

¹⁹ Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y cambio social*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 154-156.

²⁰ El criterio quedó consignado en la tesis P./J. 30/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 11, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RELATIVA NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

²¹ La estructura de este argumento fue elaborada por Alemany, Macario, *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel, 2006, p. 352. En la misma obra, el au-

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

ramente, la medida paternalista está en la ley, la Corte solamente la refrenda. Sin embargo, llama la atención el hecho de que en la sentencia no se haya abundado sobre la conexión de este argumento y la no violación al principio de igualdad y no discriminación. Parece un argumento entimemático en el que no se enuncia una de las premisas: “Dado que las restricciones a la práctica de fumar están justificadas (porque evitan o disminuyen daños a la salud), entonces la separación de espacios para fumadores y no fumadores no es discriminatoria”. El argumento completo podría reformularse en dos pasos:

1. *Si X es una restricción justificada a la práctica de fumar, entonces Y (sus consecuencias también están justificadas).*
2. *Separar lugares para fumadores y no fumadores es un ejemplo de X, es decir, es una restricción justificada a la práctica de fumar.*

Por tanto,

3. *Separar lugares para fumadores y no fumadores es Y, es decir, es una consecuencia justificada.*

Posteriormente, la conclusión anterior podría utilizarse como premisa de otro argumento, con el fin de conectar el tema de las restricciones con el de la discriminación:

1. *Si separar lugares para fumadores y no fumadores es una consecuencia justificada, entonces esa separación no implica discriminación.*
2. *La norma Z obliga a separar lugares para fumadores y no fumadores.*

Por tanto,

3. *La norma Z no es discriminatoria.*

d) Violación al derecho de propiedad

Para los quejosos, la ley impugnada viola el derecho de propiedad porque impide a las empresas seguir operando en las mismas condiciones en que lo venían haciendo. En otras palabras, la

tor defiende un paternalismo justificado con relación con las medidas legislativas contra el tabaquismo en España (pp. 340-342).

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

ley obliga a las empresas a hacer cambios en la infraestructura de sus establecimientos (separar espacios físicos para fumadores y no fumadores) como condición para seguir prestando el servicio, lo cual implica inversión y gastos que ellos consideran injustificados. Los empresarios conciben al derecho de propiedad como garantía para mantener sus expectativas de rendimiento económico, y consideran que la ley vulnera dicha garantía. Para ellos, la ley viola sus “derechos adquiridos” a seguir prestando el servicio de la misma forma en que venían haciéndolo.

A juicio de la Corte, el argumento anterior es infundado porque el derecho de propiedad no ampara las pretensiones y prerrogativas alegadas por los quejosos, ya que no afecta la posibilidad de seguir dedicándose a las actividades propias de su objeto —preparar y servir comidas y bebidas—, pues no existe un impacto normativo que se acerque siquiera a afectar el núcleo de esos derechos. Las modulaciones que hace la ley están sobradamente justificadas por el derecho a la salud. Por lo demás —termina la Corte—, el derecho a la propiedad no confiere a los individuos derechos adquiridos para prestar el servicio en las condiciones en las que venían haciéndolo, ya que la modulación está justificada por el derecho a la salud.²²

Desde mi punto de vista, otra forma de esgrimir este argumento podría estar basada en los derechos como posiciones jurídicas de Hohfeld:²³ la posición jurídica de las empresas quejosas es una *sujeción* correlativa a una *potestad* del Estado.²⁴ Así,

²² El criterio quedó plasmado en la jurisprudencia P./J. 21/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 10, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RELATIVA NO VULNERA EL DERECHO DE PROPIEDAD.

²³ Hohfeld, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro Carrío, México, Fontamara, 1991, pp. 47 y ss.

²⁴ Una cosa es la relación jurídica que existe entre un fumador, que quiere fumar dentro de un restaurante, y otra distinta un no fumador que pretende disfrutar de su estancia en el mismo lugar sin la molestia del humo. En términos hohfeldianos, la correlación entre ellos sería la de deber del primero como correlativo al derecho del segundo. Sin embargo, el caso que comentamos es un juicio de amparo indirecto promovido contra una ley, en el que las partes son las autoridades responsables (emisoras y ejecutoras

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

el Estado mexicano, mediante una autorización o licencia para la prestación del servicio de restaurante (expendio de comidas y bebidas) ejerce una potestad frente a las empresas que están sujetas a dicha autorización. Las normas que rigen este tema son constitutivas, es decir, posibilitan que se genere un estado de cosas institucional si y solo si sus destinatarios cumplen con una serie de condiciones o requisitos legales. En el caso de las autorizaciones para la expedición de comidas y bebidas, las condiciones aumentaron; una de ellas fue establecer espacios separados para fumadores y no fumadores. El Estado tiene en todo momento la potestad de aumentar o disminuir esos requisitos de forma justificada, porque tiene la legitimidad democrática para hacerlo. Y el ciudadano interesado en la autorización ha de cumplir con esos requisitos a fin de obtenerla. Por otra parte, la posición jurídica opuesta a la potestad, en términos de Hohfeld, es la *incompetencia*. Una empresa como la quejosa no es titular de una potestad y, por tanto, es *incompetente* para crear, modificar, disponer o decidir acerca de las nuevas condiciones de aplicación de la norma impugnada.

El error de las empresas fue articular su demanda en términos de “derechos adquiridos”, porque no se puede hablar jurídicamente de un “derecho a una autorización”, ni mucho menos de un “derecho a la no alteración de requisitos legales”; tampoco de que el Estado tenga una “obligación a no alterar las condiciones de las autorizaciones”, especialmente cuando existen razones justificadas para ello.

En suma, en términos hohfeldianos, la relación jurídica que nos ocupa está dada entre el Estado, como titular de la *potestad* de otorgar o no las autorizaciones, y la empresa quejosa, en una posición *correlativa* de *sujeción* frente a dicha potestad; asimismo, la posición *opuesta* de la empresa es su *incompetencia* para decidir sobre las condiciones de aplicación de la norma. Por lo anterior, el Estado puede, a través de la legislación, modificar —racional y justificadamente— las condiciones de las autorizaciones y licencias, y la empresa quejosa, si quiere conservar su permiso, tiene

del acto reclamado, es decir, de la ley) y el quejoso. Por ello, considero que la correlación que conviene explicar es la de potestad-sujeción.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

que avenirse a los nuevos requisitos o modalidades legales, sin que pueda articular que su viejo permiso constituye un derecho adquirido, el cual en realidad nunca tuvo.

e) Penas inusitadas y trascendentes

Las empresas quejosas afirman que la disposición legal según la cual es jurídicamente posible que los dueños o trabajadores de los establecimientos mercantiles pidan a sus clientes que no fumen en espacios cerrados y, en su caso, que abandonen el lugar, con la posibilidad de pedir auxilio a la fuerza pública, se traduce en una pena de las prohibidas por el artículo 22 constitucional, porque tal situación genera estigmatizaciones, calumnias y difamaciones contra las personas que tienen el hábito de fumar.

Para la Corte, la medida referida no se traduce en una pena trascendente, porque las medidas no contienen sanciones administrativas y no son excesivas ni equiparables a tratos inhumanos, crueles o degradantes. Se trata más bien de medidas “cuidadosamente diseñadas para que se cumpla la efectividad de la medida, ahorrando un costo de vigilancia, e impidiendo que sean los particulares quienes ejerzan eventualmente la coerción”.²⁵ Por lo que hace a las infracciones, estas pueden consistir en arresto hasta por 36 horas, o bien, la suspensión temporal del servicio o clausura definitiva, mismas que serán impuestas por las autoridades competentes. Se trata, en este último supuesto, de sanciones administrativas previstas en el artículo 21 constitucional.²⁶

²⁵ SCJN, Amparo en revisión 96/2009, Tribunal Pleno, p. 115.

²⁶ Con estos argumentos, se crearon dos tesis jurisprudenciales: Tesis P./J. 24/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 14, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS OBLIGACIONES DE AUTORIDADES Y PARTICULARES ORIENTADAS A GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS QUE ESTABLECEN LA PROHIBICIÓN DE FUMAR EN ESPACIOS CERRADOS NO CONSTITUYEN PENAS INUSITADAS NI TRASCENDENTALES, y la Tesis P./J. 23/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 16, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS SANCIONES QUE PUEDEN IMPONERSE ANTE LA CONTRAVENCIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY RELATIVA NO CONSTITUYEN PENAS INUSITADAS NI TRASCENDENTALES.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

En mi opinión, lo que alegan las empresas quejasas en realidad es una afectación indirecta, ya que no serían ellas las “estigmatizadas”, “calumniadas” o “difamadas” —para emplear sus términos—, sino los comensales. A lo sumo, las empresas podrían sufrir alguna merma económica con la eventual pérdida de clientes. Este intento de las empresas podría constituir, por un lado, una desviación de la cuestión y, por el otro, una falsa analogía. Lo primero porque, como se ha dicho, las empresas buscan evitar pérdidas a toda costa: no gastar dinero en remodelaciones a sus instalaciones dividiendo áreas de fumadores y no fumadores, por ejemplo. Sin embargo, lanzan un llamado de atención más escandaloso hacia las aparentes vejaciones y humillaciones de las que podrían ser objeto sus clientes, lo cual constituye una auténtica falacia de la desviación de la cuestión. Lo segundo porque, como señaló la Corte, no hay punto de comparación entre la medida legal según la cual un empleado puede pedir a un cliente que apague su cigarrillo o que salga del lugar, con la posibilidad de solicitar la intervención de la policía, y una pena como las prohibidas por el artículo 22 constitucional (muerte, mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento de cualquier especie, multa excesiva, confiscación de bienes o cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales). Hacer una comparación de ese tipo parece simplemente un disparate.

f) Violación de los principios de legalidad y seguridad jurídica

A juicio de las empresas quejasas, la prohibición de fumar en lugares cerrados va más allá del objeto de la ley impugnada que se circunscribe a proteger la salud de la población de los efectos nocivos derivados de la inhalación involuntaria del humo del tabaco, por lo que no debe extenderse a quienes voluntariamente aceptan su inhalación. Para ellas, las normas respectivas carecen de la debida motivación y fundamentación, por lo que su aplicación provocará comercios irregulares y una descomunal cadena de corrupción. Por lo demás —agregan— no se contempla al fumador pasivo que voluntariamente quiere exponerse al humo del tabaco.²⁷

²⁷ Se hace notar que este argumento está contenido en la demanda de amparo y también en el recurso de revisión, con el añadido de que la jueza de distrito no respondió en realidad el planteamiento original. El Tribunal Pleno

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

La Corte consideró que los argumentos anteriores resultaban infundados porque, contrariamente a lo señalado por las empresas quejas, la ley impugnada sí tiene por objeto proteger a quienes voluntariamente inhalan humo de tabaco, de conformidad con el contenido del artículo 1 de la LPSFDF. A decir del Tribunal Pleno, la ley tiene por objeto: *a)* proteger la salud de la población de los efectos nocivos por inhalar involuntariamente el humo de tabaco; *b)* establecer mecanismos, acciones y políticas públicas tendentes a prevenir y disminuir las consecuencias derivadas del consumo de tabaco y de la exposición al humo en cualquiera de sus formas, y *c)* definir y establecer las políticas y acciones necesarias para reducir el consumo de tabaco y prevenir la exposición al humo, así como la morbilidad y mortalidad relacionadas.

Si se toman en cuenta los incisos *b)* y *c)* —dice la Corte—, la protección de los inhaladores voluntarios se deriva de la obligación de establecer mecanismos, acciones y políticas públicas tendentes a prevenir y disminuir las consecuencias derivadas de la exposición al humo de tabaco en cualquiera de sus formas. Por ello, el hecho de que la ley extienda su protección a todos los fumadores pasivos, sin tomar en cuenta su consentimiento, no resulta desmedido y excesivo, ya que la Constitución, siendo respetuosa de la autonomía personal, no es neutra en relación con determinados intereses como la salud o la vida. El Estado tiene un interés en que estos valores se realicen en la vida social, por lo que las autoridades no pueden ser indiferentes frente a una decisión en la cual una persona pone en riesgo su vida o su salud.²⁸

lo calificó como fundado, porque la jueza de distrito se limitó a responder que no existía contradicción alguna entre la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal y la Ley de Protección a la Salud de los no Fumadores en el Distrito Federal, pues de ambas solo deriva la obligación de acatar las disposiciones jurídicas en materia de protección a la salud de los no fumadores, en coadyuvancia del interés social y el orden público regulado por ambas leyes. Sin embargo, ello solamente generó que el Tribunal Pleno de la Corte estudiara el concepto de violación correspondiente y lo declarara infundado.

²⁸ El criterio quedó plasmado en la tesis jurisprudencial P./J. 22/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 13, de rubro: PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RELATIVA Y SU REGLA-

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

A mi juicio, este argumento es nuevamente un buen ejemplo de paternalismo justificado, ya que la medida va aun en contra de la voluntad de quien, sin ser fumador, pudiera alegar indiferencia —o incluso deseo— ante el humo de tabaco que otros generan. La ley impugnada establece una interferencia paternalista justificada no solo con relación a los fumadores activos, sino que también abarca a los pasivos, tanto voluntarios como involuntarios. Si pasamos la norma impugnada por el test paternalista de Macario Alemany,²⁹ podríamos concluir que la interferencia está justificada:

El Estado mexicano (A) ejerce justificadamente paternalismo sobre (B), es decir, los destinatarios de la norma: fumadores activos y pasivos, voluntarios e involuntarios, por medio de (X), es decir, la LPSFDF, si y solo si:

1. X es una medida idónea y necesaria, en el sentido de que evita que B se dañe a sí mismo o incremente el riesgo de daños, en este caso, de tipo físico y psíquico, y no hay una forma alternativa no paternalista y de costes razonables para evitarlos. Como hemos visto, el Pleno de la Corte ha señalado que lo es.
2. La tendencia a la producción de esos daños o el incremento de riesgo de daños tiene su fuente en un estado de incapacidad básica del sujeto B.³⁰
3. Se puede presumir racionalmente que B presenta su consentimiento tanto a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones, como al contenido concreto de X, si no estuviera en una situación de incompetencia básica.

MENTO NO VIOLAN LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA.

²⁹ Alemany, Macario, *op. cit.*, p. 423.

³⁰ Siempre de acuerdo con la clasificación de Alemany, las adicciones son incapacidades básicas tipo II, así que la adicción al tabaco podría calificar como parte de esta categoría. Sin embargo, si hablamos solamente de un hábito de fumar que no llegue a la adicción, o de un hábito de “aceptar voluntariamente la inhalación del humo producido por otros”, como alegan las quejas, estaríamos en presencia de una debilidad de la voluntad que es calificada por el autor como una “preferencia inconsistente”. *Ibidem*, pp. 411 y 412.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DERIVADA DE LA LGCT Y SU RELACIÓN CON LA LGS

Luego del capítulo referente al Distrito Federal, la impugnación de normas relativas a la regulación del consumo del tabaco volvió al juicio de amparo en 2008, cuando se promulgó la LGCT y se derogaron algunas disposiciones de la LGS, aunque los amparos se resolvieron cuatro o cinco años después en la SCJN. Se trata de cinco amparos en revisión: 315/2010 (Pleno), 430/2010 (2ª Sala), 2/2012 (1ª Sala), 725/2012 (1ª Sala) y 508/2012 (1ª Sala).³¹ Para seguir con el mismo método, expondré los argumentos de los quejosos y los de la Corte, seguidos de un comentario personal.

4.1. Amparo en revisión 315/2010

La historia de esta resolución es agrídulce. La parte agria tiene que ver con el resultado y la dulce con el proceso de argumentación. El resultado es un sobreseimiento o, mejor dicho, la confirmación de un sobreseimiento. El proceso argumentativo, sin embargo, vale la pena destacarlo porque fue el primer análisis, a nivel institucional, de uno de los conceptos más controvertidos en la historia del amparo mexicano: el interés jurídico.

Los hechos del caso son sencillos: un activista antitabaco, apoyado por un grupo de abogados, acudió al juicio de amparo para combatir el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, el viernes 30 de mayo de 2008, mediante el cual se expedía la LGCT. Conviene recordar que en ese mismo decreto se derogaron y reformaron diversas disposiciones de la LGS. Los alegatos del quejoso y sus abogados estaban dirigidos esencialmente a denunciar que los referidos actos legislativos habían generado un vacío legal en materia de publicidad, promoción y

³¹ Con excepción del AR 315/2010, que fue promovido por un activista, todos estos casos fueron llevados a los tribunales por empresas dedicadas a la industria alimentaria: el AR 430/2010, Grupo Primera María, A.C.; AR 2/2012 Carlos Alberto Claudio Serdio (empresario en el ramo de papelería); AR 508/2012, Operadora Cantabria, S.A. de C.V.; y AR 725/2012, Hipódromo de Agua Caliente, S.A. de C.V.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

patrocinio del tabaco, que a su juicio generaban graves violaciones a los derechos de los no fumadores. El presunto vacío legal se había generado con la derogación de determinados artículos de la LGS,³² y con la emisión de otros de la nueva ley.³³

El juicio de amparo fue sobreseído, por falta de interés jurídico, por el Juzgado Tercero de Distrito del Centro Auxiliar de la Primer Región, el 26 de agosto de 2009. Esta resolución fue impugnada por los quejosos y el recurso sería resuelto por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte, el 28 de marzo de 2011, mediante el ejercicio de la facultad de atracción, por la mencionada Comisión 34 (supra, apdos. 1, y 3.3). Como adelanté, la sentencia terminó en una agria confirmación del sobreseimiento; sin embargo, produjo un dulce avance conceptual con relación a cómo debía entenderse el concepto de “interés jurídico”, tres meses antes de la reforma constitucional de 6 de junio de 2011, en la que se moduló este concepto mediante la inclusión del “interés legítimo” en el artículo 107 constitucional, y dos años antes de que la Ley de Amparo de 2013 también lo incluyera.

En la sentencia de la Corte se distinguen tres grandes apartados: 1) un estudio sobre la causal de sobreseimiento contenida en la fracción V del artículo 73 de la antigua Ley de Amparo (falta de interés jurídico), en el que se concluye que en el caso no se actualiza dicha causal y que, por ende, las razones del juez de distrito para sobreseer el asunto son insuficientes; 2) una llamada de atención sobre los límites y alcances del juicio de amparo: el amparo no puede ser tratado como un medio de control abstrac-

³² Se trataba de los arts. 301, 308, 308 bis y 309 bis de la Ley General de Salud, relativos todos a la publicidad del tabaco. Los arts. 301 y 308 dejaron de regular lo relativo al tabaco; establecían que la Secretaría de Salud debía revisar toda la publicidad concerniente al alcohol y al tabaco antes de permitir su exposición al público, y los requisitos que debía cumplir la publicidad del tabaco para poder ser expuesta al público. Los artículos 308 bis y 309 bis fueron derogados; el primero regulaba la publicidad del tabaco en exclusiva, mientras que el segundo tutelaba el derecho a la salud de los menores.

³³ Se trata de los arts. 23, 25 y 27 de la Ley General para el Control del Tabaco, que regulan lo relativo a la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, así como la posibilidad de que en determinados lugares abiertos al público existan lugares destinados para fumar.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

to de constitucionalidad, y 3) la actualización de otra causal de sobreseimiento, distinta a la falta de interés jurídico: la imposibilidad de dar efectos al amparo.

a) Interés jurídico

El argumento central del juez de distrito consistió en que el quejoso no acreditó ser destinatario de las normas impugnadas (recuérdese que se trataba de normas que regulaban la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco), porque no probó en el juicio que fuera publicista o promotor de productos derivados del tabaco; propietario o poseedor de lugares concurridos, áreas interiores de trabajo, públicas o privadas, incluidas las universidades e instituciones de educación superior, o consumidor de productos derivados del tabaco. Por ello, el juez estimó que el decreto impugnado no ocasionaba la afectación jurídica requerida por las reglas procesales del amparo, en la esfera del quejoso.

El recurrente consideró que el razonamiento anterior resultaba equivocado porque en este tipo de casos no se puede exigir que las normas impugnadas estén claramente dirigidas al quejoso, ya que en realidad su finalidad es tutelar el derecho a la salud de todos, que es un derecho subjetivo público. Asimismo, estimó que el concepto de interés jurídico que la jurisprudencia mexicana ha elaborado es mecanicista y no es acorde con el carácter normativo de la Constitución.

Para el Pleno de la Corte, los anteriores argumentos resultaron fundados, ya que la salud es un derecho básico que puede ser reclamado por cualquiera, por lo que el quejoso sí cuenta con interés jurídico para reclamarlo, de conformidad con la Ley de Amparo y la Constitución entonces vigentes. Para llegar a esta determinación, la Corte hizo un recorrido por su jurisprudencia histórica de la quinta a la novena épocas y concluyó que el núcleo del concepto interés jurídico ha estado directamente relacionado con el de derecho subjetivo, entendido como el reflejo de un derecho objetivo expresamente reconocido por una norma jurídica. A partir de este momento, la Corte argumenta, no en contra de ese concepto clásico kelseniano de interés jurídico, sino a favor de que un derecho como la salud deba ser considerado como un derecho objetivo en esos términos. La estrategia de la Corte fue

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

una interpretación sistemática del artículo 4 Constitucional, con relación a la Observación General 14 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de las Naciones Unidas.³⁴

El resultado de este análisis fue que el derecho a la salud incluye, además de la obligación estatal de *respetar*, otros cuatro tipos de obligaciones: 1) *proteger*; 2) *cumplir*; 3) *“cumplir-facilitar”*, y 4) *“cumplir-promover”* la salud.

- 1) La primera implica que los Estados deben adoptar medidas para impedir que los particulares frustren el disfrute del derecho por parte de todos y, en particular, velar porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.
- 2) La segunda requiere que los Estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales.
- 3) La tercera requiere también que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud.
- 4) La cuarta exige que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población (p. 42 de la sentencia). Así, para la Corte, a fin de que el Estado pueda cumplir con estas obligaciones internacionales, debe emitir normas que protejan, mantengan, preserven, restauren y promuevan la salud, *sin ser necesario que las mismas se dirijan a individuos particulares*. Por tanto, cualquier individuo que impugne normas que regulen el derecho a la salud porque las considere violatorias de este derecho tiene interés jurídico para acudir al juicio de amparo.

b) Límites y alcances del juicio de amparo

Un lector promedio de esta sentencia podría decir que hasta este momento los recurrentes habían triunfado; sin embargo, el Pleno de la Corte parece haber advertido que si se levantaba el sobreseimiento decretado por el juez de distrito, el siguiente

³⁴ Como se sabe, el organismo encargado de monitorear el cumplimiento de los compromisos asumidos por los firmantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado por el Estado mexicano.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

sería el análisis de constitucionalidad de las normas impugnadas y, eventualmente, la concesión del amparo. Entonces, al parecer vino la preocupación por las posibles consecuencias: ¿qué sentido tendría una sentencia que amparara en exclusiva al quejoso por las normas impugnadas, dado nuestro decimonónico juicio de amparo?³⁵ ¿Cómo se podría ejecutar la sentencia a fin de que los artículos impugnados no fueran aplicados al quejoso?

Ante tal situación, el Tribunal Pleno argumentó que para que el juicio de amparo sea procedente no basta con que el quejoso tenga interés jurídico para impugnar normas que regulan el derecho a la salud, sino que también es necesario que su pretensión sea de tal naturaleza que permita a la Corte decretar un remedio individualizado, esto es, que solo le beneficie a él (pensemos en una multa que no se paga).

El caso en extremo opuesto es el efecto que tiene la invalidez de una norma producto de una acción de inconstitucionalidad o una controversia constitucional, que es un efecto general que beneficia a todos los destinatarios de la norma de que se trate. Pero la Corte avanza un interesante criterio intermedio que en la sentencia denomina “efecto ultrapartes” del juicio de amparo. Se trata de la posibilidad de que se dicte una sentencia en la que se conceda el amparo, en principio individualizado, pero que tenga efectos colaterales o fácticos con relación a terceros. Como ejemplo, la sentencia señala un hipotético caso en el que se ampara a una persona que accede a los edificios públicos en silla de ruedas con el fin de que las autoridades los habiliten a tal efecto; en ese supuesto, las acciones materialmente necesarias

³⁵ Recuérdese que ahora como entonces sigue vigente el principio de relatividad de las sentencias de amparo, mejor conocido como “fórmula Otero”: Ley abrogada: “Artículo 76. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”. Ley vigente: “Artículo 73. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda”.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

para ello implicarán un beneficio directo para el quejoso, pero también para otras personas en la misma situación, que a partir de ese momento podrán hacer uso de las instalaciones sin dificultades.

Con todo, la Corte advierte que para que se pudieran actualizar ese tipo de efectos tendría que demostrarse que los mismos son colaterales y tienen que estar unidos por una relación de conexidad fáctica o funcional con los efectos concretos. El límite sería, entonces, que los efectos no podrían ser “central o preliminarmente colectivos”, ya que para ello la Constitución prevé dos mecanismos específicos: las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad. En estas condiciones, se presenta nuevamente la posibilidad de cerrar la puerta de la procedencia del juicio de amparo, que había sido abierta por la propia Corte.

c) Resultado final: el sobreseimiento

Llegados a este punto, la sentencia hace un comparativo del texto de las normas impugnadas antes y después del decreto impugnado y presenta un resumen de los conceptos de violación, a fin de determinar qué medidas podrían dictarse en la sentencia, en el caso de que los argumentos del quejoso resultaran fundados. El resultado de este estudio fue que habría sido imposible encontrar remedios individualizados para el quejoso, dadas sus pretensiones. Recordemos que los reclamos estaban encaminados a cuestionar distintas regulaciones relativas a la colocación de anuncios publicitarios con características que podrían inducir a una persona a ser consumidor de tabaco en perjuicio de su salud; con los controles sanitarios que debía hacer la Secretaría de Salud en materia de tabaco; regulación de las características de la publicidad expuesta al público; publicidad en revistas para adultos, etcétera.

Para la Corte quedó claro que el tipo de medidas que, en el caso de ser fundados los argumentos del quejoso, permitirían restablecerlo en el goce de sus derechos violados, no son de las que puedan adoptarse por la vía de reparación individualizada propia del juicio de amparo. En otras palabras, no podría concederse un amparo para el efecto de que el quejoso no fuera recep-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

tor de la publicidad del tabaco, o para que se obligara al legislador a regresar a la regulación anterior solo para el quejoso, etcétera. Cualquier medida reparatoria en este sentido tendría efectos generales centrales y no colaterales. Consecuentemente, la Corte no puede dictar medidas por una vía que, como el amparo, no está pensada ni diseñada para producir ese tipo de impacto en el ordenamiento.

De este modo, la Corte llegó a la conclusión de que se actualizaba otra causal de sobreseimiento: la contenida en la fracción XVIII del artículo 73 de la antigua Ley de Amparo, según la cual el juicio de amparo es improcedente en los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley. Y dado que tanto el artículo 107, fracción II, de la CPEUM, como el 76 de la antigua Ley de Amparo disponen que el juicio de amparo solo se debe ocupar de los individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos “[...] en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”,³⁶ entonces se sobreseyó el juicio en el caso concreto.

&&&

Mi comentario personal sobre esta importante sentencia toca dos sencillas cuestiones: una relacionada con la metodología y el orden de los argumentos en la resolución, y otra con la relevancia misma del caso.

³⁶ Conviene señalar que esta sentencia fue aprobada con dos votaciones diferenciadas. La primera, con relación a que los actos reclamados sí afectan el interés jurídico del quejoso, obtuvo seis votos a favor y cinco en contra. Se manifestaron a favor los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza; y en contra, los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales y Ortiz Mayagoitia. La segunda votación se llevó a cabo para determinar si se actualizaba o no el nuevo sobreseimiento; el resultado fue de 8 votos a favor y 3 en contra. A favor: ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández, Ortiz Mayagoitia y Silva Meza; en contra: los ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea y Sánchez Cordero de García Villegas votaron en contra y por entrar al respectivo estudio de fondo.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

En primer lugar, quien ha trabajado en amparo —y en general en cualquier tipo de procedimiento jurisdiccional— sabe bien que existe un orden lógico de análisis: lo primero que se debe resolver son las cuestiones procesales;³⁷ la procedencia de un recurso de revisión en amparo es una de estas cuestiones. No se trata de asuntos de menor importancia, como muchos creen, ya que antes de resolver se debe determinar si un tribunal específico *debe* o no hacerlo, de acuerdo con el sistema de competencias de que se trate. Y dentro de la procedencia también existe un orden marcado por el sentido común: si existen, como es el caso, dos posibles causales de improcedencia epistemológicamente equivalentes (es decir, ninguna tiene prioridad sobre la otra) y una de ellas se acredita, ¿es necesario presentar ambos análisis? Y en el supuesto de que se decidiera que sí, ¿cuál debería lucir como el argumento central del fallo?

Veamos esto con más calma. En el caso que analizamos, el problema a resolver era el siguiente: el juez de distrito había sobreseído por falta de interés jurídico; el recurrente alegó en sus agravios que sí tenía ese tipo de interés. En la mente del proyectista debieron haberse dibujado las dos posibilidades que normalmente se presentan cuando alguien interpone un recurso: 1) que el recurrente tenga razón, y 2) que no la tenga. Enseguida, el proyectista debe pensar en las consecuencias lógicas de cada una de esas posibilidades. Si la respuesta es que no la tiene, entonces se confirma la sentencia y el asunto termina; pero si la tiene se abren otras dos posibilidades: a) el asunto es procedente y, en consecuencia, deben analizarse los planteamientos de inconstitucionalidad de las normas impugnadas, o b) el asunto es improcedente porque se acredita otra causal distinta a la invocada por el juez de distrito, en cuyo caso se va a sobreseer.

³⁷ Manuel Atienza, en un esfuerzo por desarrollar y hacer más específica la tipología de problemas de Neil MacCormick, en los casos difíciles (relevancia, interpretación, prueba y calificación), distingue entre: 1) cuestiones procesales; 2) cuestiones de prueba; 3) cuestiones de calificación; 4) cuestiones de aplicabilidad (relevancia); 5) cuestiones de validez; 6) cuestiones de interpretación; 7) cuestiones de discrecionalidad; y 8) cuestiones de ponderación. Véase MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, y Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 432 y ss.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

En este caso, como se ha visto, la Corte decidió sobreseer por una causal distinta a la falta de interés jurídico: la imposibilidad de los efectos de la sentencia que concediera el amparo. Con todo, el más alto tribunal del país se vio ante la —nada pacífica— cuestión de cómo presentar su decisión. Existían dos posibilidades:

1. El quejoso tiene interés jurídico en reclamar las normas impugnadas, pero si llegara a tener razón, su sentencia no podría ser ejecutada jurídicamente, por eso es improcedente el recurso, o
2. El recurso es improcedente porque si el quejoso llegara a tener razón, su sentencia no podría ser ejecutada jurídicamente, aun cuando tiene interés jurídico para reclamar las normas impugnadas.

Algunos ministros se pronunciaron por presentar solo la causa eficiente de sobreseimiento y no analizar la otra, es decir, si no se compartía el razonamiento del juez de distrito, lo correcto habría sido invocar oficiosamente la segunda causal y guardar silencio sobre la primera. A mi juicio, siempre es mejor explicitar todos los argumentos necesarios para que la decisión quede mejor justificada. Pero aun así, queda preguntarnos por el orden de presentación de estos argumentos.

¿Qué importancia tiene dicho orden? Mucha, desde luego. Desde mi perspectiva, cada una de estas formas de presentación da mensajes distintos: la primera pone el énfasis en el quejoso, mientras que la segunda lo pone en el asunto. En efecto, la primera forma de presentación destaca que el quejoso tenía razón y que el juez de distrito no, lo cual constituye una llamada de atención y un avance interpretativo relevante en cuanto a cómo se debe entender el interés jurídico en un tema tan delicado como el derecho a la salud, que es un derecho social difícilmente justiciable; sin embargo, parece decepcionante y hasta contradictoria al señalar algo así como que el recurrente tiene la razón, pero no la tiene. La segunda forma de presentación, como dijimos, se enfoca más en el asunto y se preocupa en primer lugar por justificar que el juicio de amparo no fue pensado para ese tipo de problemas, por graves que parezcan. Esta segunda opción podría parecer poco sensible con relación a las

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

pretensiones ciudadanas en materia de derechos, aunque nadie podría dudar de que es, igual que la otra, técnicamente correcta. Esto nos hace pensar en cuál es (o cuál *debe ser*) el papel de una Corte Constitucional como la nuestra, y hacia allá va mi segunda reflexión.

Todos los tribunales se rigen por procedimientos predeterminados, es decir, por una serie de reglas que confieren el poder que les permiten —jurídicamente hablando— producir ciertos resultados institucionales. La principal razón de ser de esas reglas procedimentales es mantener a los jueces dentro de ciertos límites y reducir al mínimo posible la discrecionalidad en la toma de decisiones. Si esto es así —se preguntarían algunos— ¿qué caso tiene que los jueces cuestionen (modulen, alteren o modifiquen) los procedimientos? Otros pensarán que “meterle mano” a los procedimientos, a cargo del juez, es algo loable porque la infraestructura competencial deja mucho que desear en países como México (ya se sabe que nuestro kafkiano juicio de amparo es un contra-ejemplo de la sencillez y la eficiencia). Los primeros se cernirán como defensores de la seguridad y la certeza jurídicas y acusarán a los segundos de quintacolumnistas; los segundos se referirán a los primeros como conservadores y enemigos de los derechos.

Para mí, que he podido experimentar el enorme privilegio de proyectar sentencias en una Corte Constitucional durante varios años, puedo decir que ambos caminos son peligrosos: confiar demasiado en el orden jurídico como algo sagrado e incontestable es tan peligroso como arrogarse licencias poéticas para interpretar, a veces de forma injustificada, determinados procedimientos judiciales, y así escapar de ciertas reglas. El lector se preguntará qué solución ofrezco, y la respuesta no puede ser más que atender al caso concreto y fortalecer ante todo la justificación de la decisión que se vaya a tomar. A veces estará justificado realizar interpretaciones audaces y a veces no. La clave estará en la calidad de las razones que se esgriman. En el caso analizado, me habría decantado por un orden inverso al presentado: el núcleo de la decisión es la improcedencia del asunto, por eso, el argumento sobre la imposibilidad de los efectos de la sentencia tendría que haber lucido más que el orientado a justificar que el quejoso sí

tenía interés jurídico. Curiosamente, el asunto se recuerda más por lo segundo que por lo primero.

4.2. Amparo en revisión 430/2010

Nuevamente, una empresa dedicada a la industria de los alimentos fue la quejosa en este juicio de amparo.³⁸ La empresa planteó tres argumentos: 1) que el artículo 5, fracción I, de la LGCT, referido a delimitar las finalidades de la ley,³⁹ resultaba violatorio del artículo 16 constitucional, porque el legislador no fundó ni motivó debidamente su emisión; 2) que el artículo 53 del RLGCT⁴⁰ resultaba violatorio del artículo 5 constitucional, por no respetar la libertad de trabajo, al imponer la obligación de prestar trabajos personales sin la justa retribución, y 3) que el artículo 62 del mismo reglamento violaba el artículo 89, fracción I, de la Constitución, por no respetar el *principio de reserva de ley*, es decir, por establecer más requisitos que los que impone la LGCT para regular los espacios destinados para fumadores y no fumadores. La empresa quejosa se refiere a que el reglamento establece porcentajes específicos para la distribución del espacio, mientras que la ley no lo hace.⁴¹

³⁸ Se trata del Grupo Primera María, A.C.

³⁹ “Artículo 5. La presente Ley tiene las siguientes finalidades: I. Proteger la salud de la población de los efectos nocivos del tabaco [...]”

⁴⁰ “Artículo 53. Para asegurar el derecho a la protección de la salud de las personas, será obligación del propietario, administrador o responsable de un espacio 100% libre de humo de tabaco, cuando una persona esté fumando en dicho lugar, en primera instancia, pedir que deje de fumar y apague su cigarro o cualquier otro producto de tabaco que haya encendido, de no hacer caso a la indicación, exigirle se retire del espacio 100% libre de humo de tabaco y se traslade a la zona exclusivamente para fumar; si opone resistencia, negarle el servicio y en su caso, buscar la asistencia de la autoridad correspondiente. La responsabilidad de los propietarios, poseedores o administradores, a que se refiere el presente artículo terminará en el momento en que den aviso a la autoridad correspondiente, para lo cual deberá contar con la clave de reporte que para tal efecto está obligada a emitir la autoridad.”

⁴¹ “Artículo 62. El espacio libre de humo de tabaco deberá ser como mínimo el doble del espacio interior aislado. En su caso, en la medición del espacio

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

El asunto fue resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte en la sesión celebrada el 29 de febrero de 2012, por la ponencia del ministro Fernando Franco González Salas, por unanimidad de cinco votos. Los argumentos fueron los siguientes: por una parte, la Sala sobreescribió por lo que respecta al planteamiento relacionado con el artículo 5, fracción I, de la Ley General para el Control del Tabaco, porque consideró que la empresa quejosa no tenía interés jurídico para impugnarla. La disposición impugnada —sostuvo la Segunda Sala— no contiene ninguna obligación dirigida al quejoso, ni tampoco le puede ocasionar ningún menoscabo a derecho alguno, porque no hace otra cosa que establecer la finalidad de la ley: proteger la salud de la población de los efectos nocivos del tabaco.⁴²

Por otra parte, la Sala calificó como infundado el argumento referido a que el artículo 53 del RLGCT violaba la *libertad de trabajo*, al obligar a determinadas personas a prestar un servicio personal sin la justa retribución. La Corte fue contundente: la serie de conductas que establece el reglamento como obligatorias para los responsables de un espacio 100% libre de humo⁴³ no califican jurídicamente como “trabajos personales”, en términos del artículo 5 constitucional. Lo anterior porque el mandato no está dirigido a una persona determinada y porque se traduce en una colaboración con el Estado para impedir que se fume en ciertos espacios, con el fin de proteger el derecho a la salud de la población. De este modo, las obligaciones derivadas de la norma reglamentaria no deben entenderse como un trabajo, sino como una “medida de cooperación” justificada por los fines de la ley.

total se tomará en cuenta exclusivamente la superficie destinada a la prestación del servicio, no pudiendo incluirse en ningún caso las áreas destinadas a la cocina, a la preparación de bebidas, a los equipos de sonido y sus operadores, a los sanitarios, terrazas o estacionamientos.”

⁴² ¿Existe alguna inconsistencia entre esta decisión y la adoptada en el amparo en revisión 315/2010, analizado en el epígrafe anterior? No es muy difícil advertir que sí. En el capítulo de conclusiones volveré a ello.

⁴³ Las conductas son: pedir a una persona que se encuentra dentro del espacio referido que deje de fumar y apague su cigarro, o exigirle se retire, o negarle el servicio y, en su caso, buscar la asistencia de la autoridad correspondiente.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Finalmente, la Sala calificó también como infundado el argumento dirigido a cuestionar la constitucionalidad del artículo 62 del RLGCT porque, a diferencia de lo planteado por la empresa quejosa, no viola los *principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica*. Lo anterior porque, al establecer, por un lado, que “el espacio libre de humo deberá ser como mínimo el doble del espacio interior aislado” y, por el otro, que para hacer las mediciones no se pueden incluir las áreas de cocina, terrazas, estacionamientos, etc., no excede lo previsto en la ley. Ello debido a que “[...] la determinación de porcentajes que corresponden a las áreas de fumar y no fumar, es una cuestión que tiene por objeto ejecutar la ley [general] en cuanto prevé la posibilidad de que existan áreas exclusivas para fumar”.⁴⁴

Con relación a este caso solo cabe mencionar que los argumentos de la parte quejosa son realmente débiles, por decir lo menos. En cuanto al relativo al artículo 53 del RLGCT, en el que se denuncia que la norma obliga a realizar trabajos no remunerados, hay que decir que tanto la quejosa como la Segunda Sala de la Corte⁴⁵ pierden de vista que el reglamento no impone realmente ninguna obligación en sentido estricto que pudiera traer aparejada una sanción en caso de su incumplimiento. El reglamento solo hace posible la obligación contenida en el artículo 27 de la LGCT, que señala:

Artículo 27. En lugares con acceso al público, o en áreas interiores de trabajo, públicas o privadas, incluidas las universidades e institu-

⁴⁴ SCJN, Amparo en revisión 430/2010, Segunda Sala, p. 53.

⁴⁵ No quiero perder la oportunidad de mencionar que la Sala presenta un larguísimo análisis histórico de la regulación constitucional y jurisprudencial del concepto “trabajo personal”, a partir de los debates del constituyente de 1856-1857. Se muestran los debates de los diputados, el contenido de los dictámenes y un recorrido exhaustivo por la jurisprudencia de la propia Corte desde la quinta época. Lo curioso es que el resultado de ese análisis no se usa en el argumento central de la sentencia, a saber: que “trabajo personal” y “actos de cooperación” orientados a proteger la salud no son equiparables. Como se vio, el argumento de la quejosa es realmente pueril; no precisaba de un análisis histórico-evolutivo como el que se realizó. En consecuencia, la Sala pudo haberse ahorrado las casi 15 páginas dedicadas al análisis histórico-conceptual.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

ciones de educación superior, podrán existir zonas exclusivamente para fumar, las cuales *deberán* de conformidad con las disposiciones reglamentarias:

I. Ubicarse en espacios al aire libre, o

II. En espacios interiores aislados que dispongan de mecanismos que eviten el traslado de partículas hacia los espacios 100% libres de humo de tabaco y que no sea paso obligado para los no fumadores (cursivas añadidas).

Esta norma sí establece obligaciones genuinas y su incumplimiento sí trae aparejadas sanciones específicas contempladas en los artículos 45 a 55 de la LGCT, tales como la multa, la clausura o el arresto. En cambio, el artículo 53 del reglamento solamente establece una norma que confiere un poder a los particulares que no es de ejercicio obligatorio, sino facultativo. Una norma de competencia de este tipo está muy lejos de transgredir la libertad de trabajo, primero porque, como se dijo, no es de carácter obligatorio y, segundo, porque la habilitación que contiene no puede ser entendida como un trabajo, sino como una medida diseñada para que se cumpla la efectividad de la norma, cuyas características son: *a)* los particulares coadyuvan con el Estado sin llegar a sustituirlo, ya que se impide que sean ellos quienes ejerzan la coacción; *b)* se ahorra un costo de vigilancia para el Estado, y *c)* se minimiza la presencia —siempre incómoda— de la fuerza pública en lugares en los que se prestan servicios de alimentación y bebidas.⁴⁶

Por lo que respecta al argumento mediante el cual la Corte refrenda la validez del artículo 62 del RLGCT vale la pena señalar que esta disposición, a diferencia del artículo 53, sí contiene una norma de carácter obligatorio, que podría traducirse como: “Es obligatorio que los espacios para no fumadores midan al menos el doble que los destinados para fumadores”. Sin embargo, esta obligación, como bien lo señala la Segunda Sala, no es más que una explicitación de la obligación contenida en el artículo 27 de la ley general, transcrito líneas arriba, que podría traducirse como:

⁴⁶ En términos similares, el Tribunal Pleno de la Corte resolvió los amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009 (supra, apdo. 3.3, inc. e)).

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

“Es obligatorio que los destinatarios de la norma obedezcan las disposiciones reglamentarias (primer párrafo) para que existan espacios interiores debidamente aislados de los espacios 100% libres de humo (frac. II)”. Como se ve, la ley persigue un fin y para ello impone ciertas obligaciones; algunas de ellas comienzan en el propio texto de la ley y terminan siendo complementadas en el reglamento. Dado que estas últimas no tergiversan el fin referido, no es posible hablar de una violación al principio de reserva de ley.

4.3. Amparo en revisión 2/2012

Este caso fue resuelto por la Primera Sala de la SCJN, en la sesión celebrada el 29 de febrero de 2012, por unanimidad de cinco votos, siendo ponente el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Nos encontramos nuevamente ante un caso que retrata muy bien la gran imaginación de algunos abogados. En este caso, el quejoso es un empresario dedicado a la industria del comercio⁴⁷ que se inconformó con la expedición de la LGCT a través de extravagantes argumentos: 1) el artículo 16, fracción VI, que básicamente prohíbe hacer cualquier tipo de publicidad sobre productos de tabaco en objetos que no sean productos del tabaco,⁴⁸ es violatorio del derecho a la libertad de expresión; 2) la totalidad de la ley viola el principio de igualdad al no disponer lugares 100% para fumadores adultos, y 3) el artículo 27, fracción II, que obliga a separar los espacios interiores para fumadores y para no fumadores (que fue citado en el apartado anterior) viola el artículo 1 constitucional porque, al aislar a unas personas de otras, impide la libre convivencia entre fumadores y no fumadores, lo cual es discriminatorio.

⁴⁷ Se trata del empresario Carlos Alberto Claudio Sordio, que se dedica a la industria de la papelería, <http://www.empresas-de-mexico.com/biz/2920027/claudio-serdio-carlos-alberto/>

⁴⁸ 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 del tabaco.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

Por lo que respecta al primero de los argumentos, el juez de distrito decretó el sobreseimiento por la consabida falta de interés jurídico, derivada de que el quejoso no acreditó ser destinatario de la norma, es decir, no ofreció pruebas para demostrar que era publicista o comerciante dedicado a vender productos no relacionados con el tabaco que hicieran publicidad a favor de ese producto. Y dado que el quejoso no impugnó esa determinación, la Corte no tuvo la oportunidad de analizarla. El segundo argumento sí fue atendido por la Corte, aunque no de fondo. Sencillamente, la sentencia sostiene que no se puede impugnar toda una ley ni tampoco hacerse una suplencia en la deficiencia de la queja que permita hacerlo. Con todo, el tema de la igualdad fue revisado en el tercer argumento.

El tercer argumento fue calificado como infundado por la Primera Sala, porque se consideró que el artículo 27, fracción II, de la LGCT no resulta violatorio del principio de igualdad previsto en el artículo 1 constitucional. La línea argumentativa de la Sala fue la siguiente: en primer lugar descartó la necesidad de llevar a cabo un escrutinio estricto, dado que la norma impugnada no contiene ninguna categoría sospechosa, relacionada con el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la religión, las preferencias sexuales, el estado civil, etcétera. En segundo lugar, la disposición —dice la sentencia— persigue un fin constitucionalmente válido, como es el derecho a la salud, previsto en el artículo 4 constitucional, además de estar comprobado empíricamente que el hábito de fumar provoca daños a la salud de fumadores y no fumadores.⁴⁹ En tercer lugar, existe una

⁴⁹ La Sala muestra algunas evidencias empíricas sobre el impacto en la salud que tiene el hábito de fumar: 1) los fumadores aumentaron de 9.2 millones en 1988 a 14.3 millones en 1998; 2) cada año se producen más de 6 000 muertes a causa de cáncer pulmonar y más de 12 000 por cardiopatías directamente causadas por el hábito de fumar; 3) las tasas de mortalidad por tipos de cáncer relacionados directamente con el tabaco indican que entre 1980 y 1997, en los hombres, el cáncer de pulmón tuvo un incremento de 63.95% (2.95% medio anual) y, en las mujeres, un incremento de 57.52% (2.72% medio anual); 3) El cáncer de laringe derivado de la misma causa ha reportado un aumento en ese lapso de 29.46% (2.06% medio anual) en los hombres; 4) La mortalidad por cáncer oral, de labios, lengua, paladar y faringe aumentó por su parte 35.85% (1.82% medio anual) en los hom-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

clara conexión instrumental entre el objetivo referido y la opción de establecer zonas exclusivamente para fumar, en los lugares y en las condiciones señalados por la norma, porque se trata de una estrategia indiscutiblemente encaminada a proteger la salud.⁵⁰ En cuatro lugar, la Sala descalifica el argumento del recurrente según el cual la norma impide la libre convivencia entre las personas fumadoras de las no fumadoras, pues, para la Sala, ambos grupos pueden interactuar libremente en alguna de las zonas identificadas en el espacio público de que se trate, con la única restricción de que si es de las libres de humo de tabaco, las personas fumadoras deberán abstenerse de fumar, y si conviven en la otra zona, las no fumadoras deberán aceptar inhalar el humo de tabaco que pudieran generar las primeras.

Desde mi punto de vista, la resolución de este asunto muestra, por un lado, una clara intención de cuidar la coherencia de la Suprema Corte, al utilizar adecuadamente el precedente del Tribunal Pleno, relacionado con el test de proporcionalidad, que se había empleado para resolver los primeros amparos sobre derechos de los no fumadores en el entonces Distrito Federal; sin embargo, por otro lado, el asunto muestra algunas falencias que, aunque mínimas, no dejan de llamar la atención. Por una parte, al aplicar el test de proporcionalidad, no se da el tercer paso —el de la proporcionalidad en sentido estricto—, quizás por un mero descuido que se solventa cuando se invoca el precedente y, por la otra, cuando se hace el descarte del escrutinio estricto, la Sala pasa por alto que la salud sí se considera una categoría sospechosa, de conformidad con el propio texto del último párrafo del artículo 1 constitucional:

bres y 48.15% (2.34% medio anual) en las mujeres; 4) el llamado humo de segunda mano mató, solo en 2004, a 3 000 personas en Estados Unidos; y 5) muchos países en el mundo han emitido legislaciones encaminadas a disminuir el consumo del tabaco.

⁵⁰ En este punto, la Primera Sala invocó uno de los criterios obtenidos por el Tribunal Pleno al resolver los amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009, referido al test de proporcionalidad. Se trata de la tesis de jurisprudencia número P./J. 30/2011, *loc. cit.*, supra, apdo. 3.3.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, *las condiciones de salud*, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (cursivas añadidas).

No es que yo no comparta que no fuera necesario el escrutinio estricto, pero debió haberse justificado de mejor manera,⁵¹ señalando, por ejemplo, que el quejoso era un empresario y no un fumador empedernido que se sintiera discriminado por la norma, o argumentando, por reducción al absurdo, que si se llegare a considerar que la disposición se ubicaba en la categoría sospechosa de “las condiciones de salud”, sería tan ilógico como admitir que existe un derecho humano a “dañar la salud propia y de otros”.

4.4. Amparos en revisión 508/2012 y 725/2012

Estos dos últimos casos serán analizados conjuntamente porque los argumentos que contienen son prácticamente los mismos. Los casos fueron resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte, en las sesiones celebradas el 26 de septiembre de 2012 y 3 de abril de 2013, respectivamente. Ambos asuntos se resolvieron por unanimidad de cinco votos. Los ministros ponentes fueron Jorge Mario Pardo Rebolledo, en el primero, y José Ramón Cossío Díaz, en el segundo. Nuevamente se trata de dos empresas, pero esta vez dedicadas a la industria del juego y las apuestas.⁵² Lo interesante de estos casos radica en que los intereses comerciales de las empresas son puestos en la mesa con total desparpajo, en el sentido de considerar que la norma afectaba (otra vez) sus “derechos adquiridos”, el principio de seguridad jurídica, la garantía de audiencia y la libertad de comercio. A con-

⁵¹ Como sí lo hizo el Tribunal Pleno al resolver los amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009. Véase apdo. 3.3.

⁵² Del Amparo en revisión AR 508/2012, la quejosa fue Operadora Cantabria, S.A. de C.V., mientras que del AR 725, la quejosa fue Hipódromo de Agua Caliente, S.A. de C.V.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

tinuación expondré los argumentos plateados y las respuestas de la Corte, seguidos de un comentario personal, con excepción a lo relativo a la libertad de comercio, dado que sencillamente se apela al precedente (supra, apdo. 3.3, inciso b).

a) Derechos adquiridos

De acuerdo con las empresas quejasas, los artículos 6, fracción X, 26, 28, 29, 45, 48, 49 y segundo transitorio⁵³ de la LGCT

⁵³ Artículo 6. Para efectos de esta Ley, se entiende por: [...] X. Espacio 100% libre de humo de tabaco: Aquella área física cerrada con acceso al público o todo lugar de trabajo interior o de transporte público, en los que por razones de orden público e interés social queda prohibido fumar, consumir o tener encendido cualquier producto de tabaco; [...]. Artículo 26. Queda prohibido a cualquier persona consumir o tener encendido cualquier producto del tabaco en los espacios 100% libres de humo de tabaco, así como en las escuelas públicas y privadas de educación básica y media superior. En dichos lugares se fijará en el interior y en el exterior los letreros, logotipos y emblemas que establezca la Secretaría. Artículo 28. El propietario, administrador o responsable de un espacio 100% libre de humo de tabaco, estará obligado a hacer respetar los ambientes libres de humo de tabaco establecidos en los artículos anteriores. Artículo 29. En todos los espacios 100% libres de humo de tabaco y en las zonas exclusivamente para fumar, se colocarán en un lugar visible letreros que indiquen claramente su naturaleza, debiéndose incluir un número telefónico para la denuncia por incumplimiento a esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones aplicables. Artículo 45. El incumplimiento a los preceptos de esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones que emanen de ella, serán sancionados administrativamente por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos. Artículo 46. Las sanciones administrativas podrán ser: I. Amonestación con apercibimiento; II. Multa; III. Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total, y IV. Arresto hasta por treinta y seis horas. Artículo 48. Se sancionará con multa: I. De hasta cien veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 de esta Ley; II. De mil hasta cuatro mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 14, 15, 16, 27 y 28 de esta Ley, y III. De cuatro mil hasta diez mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 31 y 32, de esta Ley. Artículo 51. Procederá la clausura temporal o definitiva, parcial o total según la gravedad de la infracción y las características de la actividad o establecimiento de acuerdo con lo señalado en el artículo 425 y 426 de la Ley General de Salud, ordenamiento de

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

violan el principio de no retroactividad de las leyes, según el cual una ley no puede proyectarse hacia el pasado cuando ello se produce en alteraciones a derechos de los destinatarios; en el caso de las quejas, esos derechos habrían sido adquiridos por ellas cuando tramitaron sus respectivas licencias para prestar el servicio de juegos y apuestas. De este modo, los nuevos requisitos de la LGCT implicaban la posibilidad de que las autoridades pudieran sancionar, incluso con una clausura, a las empresas, lo cual las dejaba en estado de indefensión y privación de derechos adquiridos.

La Corte consideró que los argumentos de las empresas resultaban infundados, porque las normas impugnadas no tienen un impacto normativo que afectase de alguna forma el conjunto de derechos adquiridos de las empresas; para la Corte se trataba de meras modalidades impuestas al ejercicio de ciertos derechos que fueron introducidas por el legislador en la ley impugnada, y estaban justificadas por la necesidad de proteger la salud y la vida de las personas. De acuerdo con la sentencia, una licencia que autoriza el uso de cierto giro mercantil no se puede entender como un conjunto de derechos adquiridos por su titular para operar la negociación en condiciones idénticas a aquellas en las que la obtuvo. Finalmente, la Corte señaló que el hecho de contar con una autorización para la realización de cierta actividad no exime al titular de cumplir con las condiciones que le impongan nuevas normas.

Desde mi punto de vista, la argumentación es débil porque, aunque se señaló que las empresas no tienen derechos adquiridos —con lo cual estoy absolutamente de acuerdo—, no quedan claras cuáles son las razones que apoyan esa conclusión. Conviene señalar que la Corte suele utilizar una serie de tesis de jurisprudencia para resolver problemas de retroactividad de la ley que son por demás confusas y que se citan sin ser realmente utilizadas,⁵⁴ por lo que no merece la pena analizarlas aquí. Consi-

aplicación supletoria a esta Ley. SEGUNDO TRANSITORIO. El Reglamento sobre Consumo de Tabaco, permanecerá vigente hasta en tanto se emitan las disposiciones reglamentarias de esta Ley.

⁵⁴ Se trata de las tesis relacionadas con la definición de retroactividad (tesis 1ª/J. 50/2003); distinción entre retroactividad y aplicación retroactiva

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

dero que la Sala pudo haber utilizado otro precedente (producido por ella misma) que resolvía perfectamente esta problemática, y que está basado en la ya mencionada teoría de los derechos como posiciones jurídicas de Hohfeld (apdo. 3.3, inciso d): se trata del amparo en revisión 276/2009, de 29 de abril de 2009, resuelto por la Primera Sala por unanimidad de cinco votos.⁵⁵ En ese caso, Tiendas Soriana, S.A., de C.V., que tenía una licencia para operar un “punto de verificación e inspección zoosanitaria”, se vio en la necesidad de cambiar el lugar donde realizaba dicha actividad, para lo cual tenía que invertir dinero. Sus abogados acudieron al amparo para alegar que se violaban los derechos adquiridos de la empresa precisamente porque el acto reclamado violaba el principio de no retroactividad. La Sala, naturalmente, negó el amparo bajo el argumento de que una licencia no es un derecho adquirido, sino una posición jurídica de sujeción frente a una potestad estatal (categorías hohfeldianas). El criterio resultante fue el siguiente:

PUNTOS DE VERIFICACIÓN E INSPECCIÓN ZOOSANITARIA. NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA QUE SE GENERA ENTRE EL ESTADO Y LOS PARTICULARES CON MOTIVO DE SU APLICACIÓN Y OPERACIÓN. Conforme al artículo 47, en relación con el párrafo ochenta y ocho del numeral 4o., ambos de la Ley Federal de Sanidad Animal, la Secretaría de Agricultura, Gananadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación está facultada para autorizar a los particulares la operación e instalación de puntos de verificación e inspección zoosanitaria para importación, cuando cumplan los requisitos, procedimientos y disposiciones de sanidad animal que emita la propia secretaría. El carácter de esta norma jurídica no es estrictamente obligatorio sino potestativo. Ello permite afirmar que la norma en cuestión genera una relación jurídica en

(Tesis 1ª/J. 78/2010 y 2ª/J. 87/2004); la “teoría de los componentes de la norma” (Tesis P./J. 123/2001) y la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas de derechos (Tesis 2ª LXXXVIII/2001).

⁵⁵ El lector podrá preguntarse por qué no me referí a este precedente cuando comenté, en el apdo. 3.3, los amparos en revisión 96/2009, 97/2009, 123/2009, 160/2009 y 234/2009. La respuesta es sencilla: porque esos asuntos fueron resueltos por el Pleno y a este no le es obligatorio seguir los precedentes de una de las salas. En este caso, la Sala pudo (¿debió?) haber utilizado el auto-precedente.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

la que el Estado ejerce una potestad a la que se sujeta el particular siempre que cubra determinados requisitos que establece la Ley. Así, no es que el Estado tenga el deber de otorgar o mantener una autorización, ni que el particular goce de un derecho derivado de esta, sino se trata más bien de una relación jurídica en la que el Estado, en el ámbito de su competencia y como titular de la potestad de otorgar o no las autorizaciones, puede modificar las condiciones mediante las cuales los particulares se sujetan a esa potestad estatal. Por tanto, la relación jurídica derivada de las señaladas autorizaciones no es la de un derecho subjetivo (pretensión) correlativo a un deber u obligación, sino la de una potestad estatal correlativa a una sujeción a cargo de los particulares, los cuales tienen que avenirse a los requisitos y modalidades que, conforme a la Ley, regulan su situación jurídica.⁵⁶

Las preguntas que me surgen son: ¿por qué la Sala no siguió su propio precedente? ¿Esto sucede siempre o solo cuando el precedente viene de otra ponencia? ¿Seguir el auto-precedente es una cuestión de personas o de órganos? ¿Debería haber alguien que ayudara a cuidar la coherencia de las salas y del Pleno de la Corte?

b) Seguridad jurídica

Para las empresas quejosas, las mismas normas impugnadas generan inseguridad jurídica, al no establecer con claridad cuáles son los mecanismos o procesos con los que las empresas deben contar para que el humo del tabaco no se pase del lado permitido al prohibido.

La Primera Sala calificó como infundado el argumento anterior porque, a su juicio, el legislador no está obligado a definir con exactitud cada uno de los términos que emplea al redactar las leyes, y puesto que la exigencia de un requisito así tornaría imposible la función legislativa haciéndola una labor interminable e incapaz de cumplir con sus fines. Para ello, la Sala apeló a un precedente clásico conocido en la jerga judicial como “la tesis diccionario”, según el cual la constitucionalidad de las leyes no puede depender de la falta de definición de los vocablos en ellas

⁵⁶ Tesis aislada 1a. LXXXVIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, junio de 2009, p. 288.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

contenidos (infra). Por lo demás, sostuvo la Sala, el detalle normativo del que se quejan las empresas se encuentra en el RLGCT, por lo que no existe indeterminación alguna que pudiera producir incertidumbre e inseguridad jurídica.

Desde mi punto de vista, el segundo argumento es mejor que el primero, porque da en el blanco del problema planteado, ofreciendo buenas razones a favor de la decisión. En efecto, la ley y el reglamento forman, como ya dijimos, un continuo gracias al cual se explicitan las condiciones de aplicación de la norma de que se trate. Si los abogados de las empresas saben leer, pueden quedar tranquilos si atienden los detalles del reglamento.

El primer argumento, en cambio, es excesivamente formalista y se ha utilizado como caballo de batalla en muchos asuntos relacionados con la muy frecuente oscuridad de los textos legislativos. Y si se lo ve de cerca, en realidad no es un argumento:

LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR EXCLUSIVAMENTE DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES UTILIZADOS POR EL LEGISLADOR. Es cierto que la claridad de las leyes constituye uno de los imperativos apremiantes y necesarios para evitar o disminuir su vaguedad, ambigüedad, confusión y contradicción; sin embargo, de un análisis integral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se llega a la conclusión de que ninguno de los artículos que la componen establece, como requisito para el legislador ordinario, el que en cada uno de los ordenamientos secundarios -considerando también a los de la materia penal- defina los vocablos o locuciones ahí utilizados. Lo anterior es así, porque *las leyes no son diccionarios* y la exigencia de un requisito así, tornaría imposible la función legislativa, pues la redacción de las leyes en general *se traduciría en una labor interminable y nada práctica, teniendo como consecuencia que no se cumpliera, de manera oportuna, con la finalidad que se persigue con dicha función*. De ahí, que resulte incorrecto y, por tanto, inoperante, el argumento que afirme que una norma se aparta del texto de la Ley Fundamental, porque no defina los vocablos o locuciones utilizados, pues la contravención a esta se debe basar en aspectos objetivos que generalmente son los principios consagrados en ella, ya sea prohibiendo una determinada acción de la autoridad en contra de los particulares gobernados y ordenando la for-

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

ma en que deben conducirse en su función de gobierno. Además, del análisis de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo séptimo y 72, inciso f), de la Carta Magna, se advierte el reconocimiento, por parte de nuestro sistema jurídico, de la necesidad de que existan métodos de interpretación jurídica que, con motivo de las imprecisiones y oscuridades que puedan afectar a las disposiciones legales, establezcan su sentido y alcance, pero no condiciona su validez al hecho de que sean claras en los términos que emplean (cursivas añadidas).⁵⁷

En efecto, la tesis anterior incurre en una falacia conocida como “pendiente resbaladiza”, según la cual, de aceptarse una determinada tesis, se iniciará una cadena de eventos que culminarán en un evento posterior no deseado. El problema de este pseudoargumento es que en la pendiente no se establecen ni cuantifican algunas contingencias que sí son relevantes. La tesis es, como se puede ver, tan radical y general que provoca un cuestionable permiso a los juzgadores para quitarse de encima cualquier argumento basado en la oscuridad del texto de las leyes (porque sus conceptos son vagos, sus términos son ambiguos, se utiliza un lenguaje emotivo, etc.). Ello puede ser útil para algunos casos sencillos, pero no para otros un poco más complejos, en los que precisamente la falta de definición de un vocablo es la fuente de inconstitucionalidad. ¿Cómo se podría obedecer a esta tesis de jurisprudencia al mismo tiempo que al artículo 14 constitucional, que prevé la obligación del legislador de respetar el principio de exacta aplicación de la ley penal o taxatividad? ¿Cómo ha hecho la Corte para declarar la invalidez de ciertos tipos penales que no respetan este principio?

c) Garantía de audiencia

Las empresas quejas argumentaron que las normas impugnadas violaban su garantía de audiencia, al no contemplar un mecanismo mediante el cual ellas pudieran manifestar ante la autoridad su imposibilidad de realizar adecuaciones a sus instalaciones para cumplir con la ley.

⁵⁷ Tesis jurisprudencial 1a./J. 83/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 170.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Para la Primera Sala, el argumento es infundado por dos razones: 1) “[...] los destinatarios de la norma están obligados a cumplirla, sin que previamente la norma cuestionada deba instruir un procedimiento en el que puedan alegar su incumplimiento [ya que] el cumplimiento de las normas no puede quedar al arbitrio de sus propios destinatarios”,⁵⁸ y 2) los artículos transitorios de la ley establecen un mecanismo a través del cual los destinatarios de la norma que consideren que no pueden cumplir en los plazos indicados con sus nuevas obligaciones pueden acudir ante la autoridad administrativa, a fin de convenir los términos de su cumplimiento.

A mi juicio, el segundo argumento es contundente y responde razonablemente al cuestionamiento de las empresas quejasas, sin embargo, el primero resulta defectuoso. Veamos por qué. Ante el reclamo de las empresas quejasas acerca de la falta de un procedimiento para inconformarse con las nuevas medidas de la ley, la Corte responde con una afirmación correcta, pero inatinerante, con relación al pedimento: “el cumplimiento de una norma no debe quedar al arbitrio de sus destinatarios”. Como puede verse, esta afirmación no responde en realidad a la pregunta de las empresas, aunque sea cierta. Por eso, el argumento resulta débil o incluso falaz, porque incurre en una ligera desviación de la cuestión.

5. CONCLUSIONES

En este apartado voy a presentar los hallazgos que encontré a lo largo de la revisión de los 12 casos analizados. Para tal fin, presentaré una serie de cuadros en los que se sintetizan los datos encontrados. Luego de cada cuadro enumeraré y expondré los descubrimientos definitivos y obtendré las conclusiones.

⁵⁸ SCJN, AR 725/2012, pp. 29 y 30.

CUADRO 4. Información general de los casos analizados

| | Derecho o valor constitucional presuntamente violado | Parte actora | Número de expediente | Fecha de resolución | Ministro ponente y tribunal | Jurisprudencia o tesis aislada | Decisión |
|---|--|--|----------------------|---------------------|-----------------------------|--|-------------------------------------|
| 1 | Distribución de competencias y multas fijadas | Procuraduría General de la República | AI 167/2007 | 9/4/2008 | M. Luna 2ª. Sala | No hay | Se sobresee |
| 2 | Distribución de competencias | Diputados de la 4º Legislatura de la Asamblea Legislativa D.F. | AI 119/2008 | 3/9/2009 | G. Góngora (Pleno) | P./J. 6/2010 P./J. 7/2010 P./J. 5/2010 | Se sobresee; se reconoce la validez |
| 3 | - Libertad de comercio | Técnica Alimenticia con Sabor, S.A. de C.V. | AR 96/2009 | 15/3/2011 | J. R. Cossío (Pleno) | P./J. 27/2011 P./J. 30/2011 P./J. 21/2011 P./J. 24/2011 P./J. 23/2011 P./J. 22/2011 | Se niega el amparo |
| 4 | - Igualdad y no discriminación | Grupo Posadas, S.A. de C.V. | AR 97/2009 | | | | |
| 5 | - Derecho de propiedad | Gastronomía Carranza, S.A. de C.V. | AR 123/2009 | | | | |
| 6 | - Penas trascendentes | Coordinadora Mexicana de Restaurantes, S.A. de C.V. y Restaurantes Especializados S.A. | AR 160/2009 | | | | |
| 7 | - Legalidad y seguridad jurídica | Club de Industriales, A.C. | AR 234/2009 | | | | |

| | Derecho o valor constitucional presuntamente violado | Parte actora | Número de expediente | Fecha de resolución | Ministro ponente y tribunal | Jurisprudencia o tesis aislada | Decisión |
|----|---|-------------------------------------|----------------------|---------------------|-----------------------------|--------------------------------|--------------------|
| 8 | - Derecho a la salud (interés legítimo) | Jorge Francisco Balderras Woolrich | AR 315/2010 | 28/3/2011 | J. R. Cossío (Pleno) | P. XIV/2011 | Se sobresee |
| 9 | Libertad de trabajo y principio de reserva de ley | Grupo Primera María SA de CV | AR 430/2010 | 29/2/2012 | J. F. Franco 2ª Sala | No hay | Se niega el amparo |
| 10 | Igualdad y no discriminación | Carlos Alberto Claudio Serdio | AR 2/2012 | 29/2/2012 | A. Zaldivar 1ª Sala | No hay | Se niega el amparo |
| 11 | Irretroactividad (derechos adquiridos), legalidad, audiencia y libertad de comercio | Operadora Cantabria SA de CV | AR 508/2012 | 26/9/2012 | J.M. Pardo 1ª Sala | No hay | Se niega el amparo |
| 12 | | Hipódromo de Agua Caliente SA de CV | AR 725/2012 | 3/4/2013 | J. R. Cossío 1ª Sala | No hay | |

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

¿Qué se observa en el cuadro anterior? En primer lugar destaca que quienes acudieron al medio de control constitucional para impugnar las distintas normas jurídicas en materia de protección a la salud de los no fumadores no fueron precisamente ciudadanos interesados en seguir fumando, sino más bien las empresas —en el caso del amparo— interesadas en no hacer el más mínimo cambio o modificación que implicara gasto alguno.⁵⁹ Estas empresas emplearon de forma instrumental el discurso de los derechos para intentar proteger su capital. En el caso de las acciones de inconstitucionalidad, los actores fueron la PGR y una minoría parlamentaria. En ambos supuestos, estuvieron en contra de la distribución de competencias y solo en el primer caso a favor de las empresas que pudieran llegar a ser multadas. No puedo dejar de mencionar lo inquietante que resulta que la PGR se interese en cuidar los intereses económicos de las empresas. Solamente en un caso (AR 315/2010), el quejoso se aleja de la defensa de los intereses del capital, y se preocupa por el derecho a la salud de los no fumadores, levantando la mano en nombre de todos y lanzándose contra de la posible mala técnica legislativa y de los intereses de las empresas dedicadas a la venta de tabaco, en materia de publicidad.

En segundo lugar podemos observar que el comportamiento de la Corte fue esencialmente coherente en tanto no concedió ni un solo amparo ni tampoco declaró la invalidez de ninguna norma; por lo demás, las votaciones fueron, con una sola salvedad (AR 315/2010), claramente unánimes. Con todo, la excepción no mostró algún desacuerdo en cuanto al bien jurídico protegido por las leyes, es decir, al derecho a la salud, sino en cuanto al funcionamiento del juicio de amparo. Sin embargo, lo anterior muestra claramente una falta de compromiso de una parte de los ministros que votaron a favor de una forma más amplia de entender el interés jurídico —que no del resto—, al no haber mostrado esa misma intención en otros casos. Recordemos que el asunto referido se resolvió el 28 de marzo de 2011 y, posteriormente,

⁵⁹ Es cierto también que el amparo ha sido (y sigue siendo) muy caro en México, por lo que es más probable que sean las empresas, y no tanto los ciudadanos de a pie, quienes puedan llegar hasta la Corte. Con todo, es posible afirmar categóricamente que ningún caso de los registrados en la Corte provino de algún fumador indignado por la legislación.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

el 29 de febrero de 2012 se resolvieron los amparos en revisión 430/2010 y 2/2012, por la Segunda y Primera Sala de la Corte, respectivamente (supra, apdos. 4.2 y 4.3). En ellos, los ministros Franco González, Valls Hernández, Cossío Díaz, Sánchez Cordeiro y Zaldívar Lelo de Larrea votaron en un sentido opuesto al que lo hicieron en el AR 315/2010; en cambio, los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo y Ortiz Mayagoitia lo hicieron en el mismo sentido. Este dato me lleva a pensar, por un lado, que el desacuerdo de fondo tiene que ver más con el diseño del juicio de amparo que con los casos concretos y, por el otro, que dar una batalla argumental en el Pleno —que se transmite por televisión en vivo— resulta más redituable políticamente que darla en la Sala, donde la exposición pública de los ministros es menor.

En el siguiente cuadro presento un listado de los argumentos en materia de derechos humanos esgrimidos por las quejas en los amparos y respondidos por la Corte, junto con un breve comentario personal.

CUADRO 5. *Argumentos relacionados con la violación de derechos*

| | <i>Argumentos</i> | <i>Quejas</i> | <i>Corte</i> | <i>Comentario</i> |
|---|------------------------------|---|---|--|
| 1 | Libertad de comercio | La ley restringe el derecho de las empresas a presar sus servicios comerciales como lo venían haciendo. | La regulación está justificada por el derecho a la salud; la limitación de la ley no es desproporcional porque al limitar y modular la libertad de comercio, potencia la libertad de trabajo. | Se trata de un caso fácil de proporcionalidad o de "sentido común jurídico", en el que claramente se justifica la restricción en aras de preservar la salud. La Corte introdujo otra variable: la libertad de trabajo. |
| 2 | Igualdad y no discriminación | La ley produce discriminación al separar y segregar a las personas que fuman y las que no fuman. | Las medidas de la ley están justificadas por el fin que se persigue: proteger la salud. Obliga a los fumadores a cuidarse a sí mismos y el beneficio se generaliza. | Es un argumento paternalista justificado, aunque no de manera expresa. Me parece, sin embargo, que el argumento de la Corte es incompleto, ya que le falta la conexión con el tema de la igualdad. |

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

| | <i>Argumentos</i> | <i>Quejas</i> | <i>Corte</i> | <i>Comentario</i> |
|---|--------------------------------|---|--|--|
| 3 | Propiedad | La ley afecta el derecho a la propiedad al obligar a hacer cambios en la infraestructura de los establecimientos, lo cual afecta sus "derechos adquiridos". | El derecho a la propiedad no se vulnera porque no les impide realizar sus actividades habituales; la propiedad no da "derechos adquiridos" a no modificar la infraestructura de sus instalaciones. | Efectivamente no se puede hablar de "derechos adquiridos", porque se trata de normas que otorgan licencias y autorizaciones, bajo las condiciones que el Estado determine a través de la ley. La relación correlativa entre el Estado y las empresas es de potestad-sujeción; y la opuesta es de potestad-incompetencia. |
| 4 | Penas infamantes | Obligar a alguien a que apague su cigarro o abandone el lugar, con el posible respaldo de la coacción estatal, es una pena infamante. | No se trata de ninguna pena infamante, sino de medidas diseñadas para que se cumpla efectivamente la ley, con el ahorro correspondiente en vigilancia y con la imposibilidad de que la coacción sea usada por particulares. | A la Corte le faltó aclarar que las supuestas penas no se imponen a las empresas, sino en todo caso, a los posibles fumadores rebeldes (que nunca acudieron al amparo). Los argumentos de las empresas son falaces (desviación de la cuestión y falsa analogía). |
| 5 | Legalidad y seguridad jurídica | La ley no debe extenderse a quienes voluntariamente inhalan el humo del tabaco, por lo que no existe motivación legislativa suficiente. | El hecho de que la ley extienda su protección a los fumadores pasivos, sin tomar en cuenta su consentimiento, no resulta desmedido y excesivo, porque la Constitución no es neutra en relación con determinados intereses como la salud o la vida. | Nuevamente la Corte acude, sin expresarlo abiertamente, a un argumento paternalista justificado, mediante el cual válida la obra legislativa que es, a su vez, paternalista justificada. La fuerza del Derecho se pone al servicio de la protección de la salud mediante la restricción –justificada– de ciertas libertades. |

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

| | <i>Argumentos</i> | <i>Quejas</i> | <i>Corte</i> | <i>Comentario</i> |
|---|-------------------------|--|---|--|
| 6 | Trabajos no remunerados | La ley obliga a prestar trabajos personales sin la justa retribución, al obligar a dueños y empleados de restaurantes a pedir a quien fuma que deje de hacerlo, con la posibilidad de solicitar la fuerza pública. | No se trata de trabajos personales, sino de "medidas de cooperación" justificadas por los fines de la ley: la protección de la salud. | La norma impugnada es una norma de confiere poder de ejercicio facultativo, es decir, no impone realmente ninguna obligación a las personas, sino que las habilita para coadyuvar a que se cumpla la obligación de quienes desean fumar aun en los supuestos de prohibición. |

¿Qué nos dice en conjunto el cuadro anterior? Lo primero, que los argumentos de las empresas son débiles, por no decir frívolos en algunos casos, como el de las penas infamantes, el de los trabajos remunerados o el "derecho" de los no fumadores a inhalar el humo ajeno. Lo segundo, que es evidente cómo las empresas hacen un uso instrumental del discurso de los derechos humanos para defender sus intereses económicos, seguramente porque en otros casos han tenido éxito. Se entiende que, como dice Manuel Atienza, en la argumentación de los abogados las razones operativas (es decir, las razones que motivan la acción) no son normas del sistema, sino un principio de maximización de los intereses de los clientes, mientras que las normas del sistema vienen a ser razones auxiliares.⁶⁰ A pesar de todo, no deja

⁶⁰ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 282. La distinción entre razones operativas y razones auxiliares es de Joseph Raz. Las primeras se expresan en enunciados que tienen una dirección de ajuste mundo-lenguaje (la realidad debe ajustarse a cierto lenguaje), como los enunciados que expresan normas, deseos, intereses o deberes; las segundas, expresan enunciados que tienen una dirección de ajuste lenguaje-mundo (el lenguaje debe ajustarse a la realidad), como los enunciados teóricos sobre los hechos. Así, el mandamiento "No matarás", de la Biblia, puede ser utilizado como razón operativa para un creyente; mientras que un enunciado como "Aburto mató a Colosio" es una razón auxiliar, pues para que sea verdadero es necesario que exista correspondencia con la realidad. Para ahondar en esta distinción, véase Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

de ser inquietante el abuso del discurso de los derechos que llevan a cabo estos personajes. Otros argumentos —como el de la igualdad o los derechos adquiridos— son más ingeniosos, pero no menos débiles que los anteriores.

Veremos, finalmente, el resto de argumentaciones relevantes en el estudio de los 12 casos. En este último cuadro presento una serie de falencias argumentales cometidas por la Suprema Corte a la hora de resolver varios de estos asuntos. La mayoría de ellas está relacionada con la comisión de algunas falacias, el haber evadido el auto-precedente y otros descuidos.

CUADRO 6. *Falencias argumentativas en las sentencias*

| | <i>Argumento planteado por las quejas</i> | <i>Respuesta de la Corte</i> | <i>Falencia detectada</i> |
|---|--|---|---|
| 1 | Cualquier ciudadano tiene interés jurídico para impugnar normas que regulan el derecho a la salud de los no fumadores. | La mayoría del Pleno concluyó que cualquier persona tiene interés jurídico, en amparo, para cuestionar la constitucionalidad de normas relacionadas con el derecho a la salud; sin embargo, no podrían darse los efectos de una eventual concesión de amparo, por lo cual se sobreseyó. | El núcleo de la decisión es el sobreseimiento por imposibilidad de efectos jurídicos; sin embargo, la sentencia da más prioridad y centralidad al argumento sobre el interés jurídico que no se refleja en ninguno de los puntos resolutivos. |
| 2 | Las normas violan el principio de legalidad porque no son claras. | Las leyes no son diccionarios, por ello no tienen por qué tener la definición de cada palabra, ya que esto haría imposible la función legislativa. Se cita una tesis de jurisprudencia 1a./J. 83/2004. | En el argumento invocado se comete la falacia de la pendiente resbaladiza, ya que asume que si el legislador tuviera que clarificar todas las palabras de la ley, entonces se generaría un caos. El argumento genera incentivos perversos para los jueces y elimina la posibilidad de analizar casos genuinos de oscuridad de la ley que podrían llevar a su invalidez. |

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

| | <i>Argumento planteado por las quejas</i> | <i>Respuesta de la Corte</i> | <i>Falencia detectada</i> |
|---|---|--|--|
| 3 | No existe ningún procedimiento para que las empresas ejerzan su garantía de audiencia | El cumplimiento de la ley no debe quedar al arbitrio de los destinatarios. | La respuesta es una desviación de la cuestión porque eso no fue lo que preguntó la quejosa. Con todo, la Corte respondió en la misma sentencia que sí existía un procedimiento de consulta para adecuar los establecimientos en un tiempo determinado. |
| 4 | Las normas no respetan el principio de no retroactividad de la ley, y violan derechos adquiridos. | Las normas no tienen un impacto normativo que afecte de alguna forma el conjunto de derechos adquiridos de las empresas; se trata de meras modalidades impuestas al ejercicio de ciertos derechos, que están justificadas por la necesidad de proteger la salud. | La Sala no utilizó un precedente que resolvía exactamente el caso planteado, con lo que no se respeta el principio de universalidad del razonamiento jurídico que obliga al auto-precedente. |
| 5 | Las normas impugnadas no respetan el principio de igualdad. | Se utilizó el test de proporcionalidad para determinar las medidas introducidas por el legislador no violan el principio de igualdad. | Aquí sí se usa el auto-precedente, pero se comete un descuido al no dar el último paso del test. Asimismo, se pasa por alto el contenido del artículo 1 constitucional en el que se incluye a la salud, como categoría sospechosa. |

¿Qué podemos concluir a partir de estos últimos argumentos? En primer lugar, que ha existido una gran polémica en cuanto al tema de cómo entender el interés jurídico. Según veo, en el tema de los no fumadores, la mayoría de quienes entonces integraban el Pleno estaba buscando una categoría menos rigorista y formalista que el interés jurídico para abrir un poco más la puerta al jui-

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

cio de amparo. Luego vendría en la ley, y en la jurisprudencia, la categoría de interés legítimo que ayudaría a ensanchar esa puerta, no sin dificultades. Llama la atención que, siendo este tema tan importante, jurídicamente interesante y necesario, haya sido introducido en un argumento periférico que no tuvo nada que ver con la decisión concreta del caso. ¿Mandar este tipo de mensajes, de esa manera, forma parte de las funciones de una Corte Constitucional? Considero que la “anomalía” se justifica porque cuando son los ministros quienes colocan un tema como este en la palestra, la comunidad jurídica suele responder muy bien. Lo que parece cuestionable es que se altere el orden lógico de una sentencia exhibiendo un argumento irrelevante para la solución como si fuera central.

En segundo lugar, los descuidos argumentales como los aquí señalados producen consecuencias preocupantes, especialmente para los casos futuros. La decisión en una sentencia puede ser la correcta —como en todos estos casos—, aunque el proceso argumentativo no lo sea tanto. Esta disparidad no es un tema menor, porque la imagen que la Corte genera y queda reflejada en sus precedentes es un mal ejemplo para los jueces inferiores y para los abogados en general. La argumentación jurídica es una actividad evaluable, y en ella es tan importante el resultado como el proceso de la argumentación. De ahí que sea inquietante que una Corte como la nuestra descuide esos aspectos. Considero que la habilidad argumental de los proyectistas no debería medirse exclusivamente con la cantidad de asuntos que elaboran, sino con la calidad de cada una de las sentencias, vistas como procesos y como productos.

En tercer lugar, podemos observar que el auto-precedente no siempre se sigue, aun cuando proviene de una misma ponencia. Las razones escapan al alcance de este trabajo, pero podríamos plantear, como hipótesis, el exceso de trabajo, la multiplicidad de secretarios, la falta de comunicación entre ellos o sencillamente una falta de cuidado.

& & &

Quiero terminar señalando que las reformas a las leyes en materia de salud para fumadores y no fumadores han pasado la

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

prueba del tiempo y de la jurisprudencia, que no es poca cosa. Puedo decir que en México pocas cosas funcionan como ha funcionado esta reforma. Considero que, como diría Hart, la generalidad de la población ha adoptado el punto de vista interno y hoy es una realidad el respeto por los espacios 100% libres de humo. ¿Y esto por qué ocurrió? ¿Qué hicimos bien esta vez? Las respuestas que yo daría a estas preguntas serían:

- 1) el legislador reguló las conductas relativas a la actividad de fumar de forma razonable y, aun cuando limitó ciertas libertades, no se excedió en la búsqueda de su objetivo (prueba de ello es que la convivencia entre fumadores y no fumadores es funcional después de la regulación);
- 2) la Corte validó las normas impugnadas mediante una argumentación esencialmente adecuada, y
- 3) los destinatarios de la norma (empresarios, fumadores y no fumadores) se adaptaron de forma pacífica tanto al derecho legislado como a la jurisprudencia producida, es decir, quedaron convencidos una vez que escucharon las razones del más alto nivel producidas por la Corte.

Por lo demás, el hecho de que los fumadores empedernidos no hayan acudido en masa al amparo, sino que lo hayan hecho las empresas, habla bien de la aceptación social de las reformas. Asimismo, el que la Corte haya validado la obra legislativa y cancelado las deliberaciones que esta generó en un sector de la sociedad es un signo de racionalidad jurídica en un cambio de gran calado como este. Y el hecho de que la Corte haya sido básicamente coherente en sus decisiones en relación con los casos analizados muestra asimismo que los jueces constitucionales aceptaron también los fines y valores que están detrás de los cambios normativos. Incluso creo que el capital también aceptó la ley y la jurisprudencia, no sin antes haber presentado una batalla legal. No existen datos de pérdidas en la industria de los restaurantes que puedan relacionarse directamente a la puesta en vigor de la legislación tocante al tema. Lo que es evidente es cómo la sociedad se fue adaptando rápidamente al lenguaje del derecho, y ello no supuso en modo alguno una merma relevante en el ejercicio de las libertades, y sí una ganancia sustantiva en materia de salud y convivencia.

Humo y derechos. Reflexiones sobre la jurisprudencia mexicana...

Luego de todo lo dicho, no puedo sino concluir que, aunque Jorge Manrique no generalizó al afirmar que “todo tiempo pasado fue mejor” (ya que él se refería a la juventud, a lo corta que es la vida, a la angustia que genera la muerte), sí podemos sostener que quienes han sobresimplificado su mensaje se equivocan claramente. El enunciado “todo tiempo pasado fue mejor” —fuera ya del contexto poético— es falso. Si cambiamos el cuantificador por “algún tiempo pasado fue mejor”, entonces el enunciado se vuelve verdadero. Hoy hemos recuperado muchos espacios públicos en los que el aire es más limpio y sano. Ese tiempo pasado se ha ido como el humo de un oloroso cigarrillo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY, Macario, *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel, 2006.
- ATIENZA, Manuel, *Filosofía del derecho y cambio social*, Madrid, Trotta, 2017.
- , *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Fredy Antonio, “La clasificación sospechosa y la amplitud constitucional en los Estados Unidos: un análisis a las constituciones de los 50 estados”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 84, núm. 2.
- HOHFELD, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro Carrió, México, Fontamara, 1991.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.
- NIEZGODA, Jessica, “Kicking Ash(Trays): Smoking Bans in Public Workplaces, Bars, and Restaurants - Current Laws, Constitutional Challenges, and Proposed Federal Regulation”, *Journal of Legislation*, vol. 33, núm. 1, 2007, <http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1117&context=jleg>
- RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.