

S E S I Ó N P Ú B L I C A NÚM. 105
O R D I N A R I A
MARTES 19 DE OCTUBRE DE 2021

En la Ciudad de México, siendo las once horas con cincuenta y siete minutos del martes diecinueve de octubre de dos mil veintiuno, se reunieron en el Salón de Plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para celebrar sesión pública ordinaria, las señoras Ministras y los señores Ministros Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Juan Luis González Alcántara Carrancá, Yasmín Esquivel Mossa, José Fernando Franco González Salas, Luis María Aguilar Morales, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández, Ana Margarita Ríos Farjat, Javier Laynez Potisek y Alberto Pérez Dayán.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea abrió la sesión y el secretario general de acuerdos dio cuenta de lo siguiente:

I. APROBACIÓN DE ACTA

Se sometió a consideración el proyecto de acta de la sesión pública número ciento cuatro ordinaria, celebrada el lunes dieciocho de octubre del año en curso.

Por unanimidad de once votos el Tribunal Pleno aprobó dicho proyecto.

II. VISTA Y RESOLUCIÓN DE ASUNTOS

Asuntos de la Lista Oficial para la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del diecinueve de octubre de dos mil veintiuno:

I. 39/2021

Contradicción de tesis 39/2021, suscitada entre la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver, por una parte, el amparo en revisión 435/2019 y, por la otra, los amparos en revisión 853/2019 y 957/2019. En el proyecto formulado por el señor Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá se propuso: *“PRIMERO. Sí existe la contradicción de tesis a que este expediente se refiere. SEGUNDO. Debe prevalecer, con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado por este Tribunal Pleno en el último apartado de la presente resolución. TERCERO. Dese publicidad a la jurisprudencia que se sustenta en la presente resolución, en términos del artículo 220 de la Ley de Amparo”*. La tesis referida en el punto resolutivo segundo tiene por rubro: *“CONTROL DEL TABACO. EL ARTÍCULO 16, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL RESPECTIVA VULNERA EL DERECHO A LA IGUALDAD”*.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea sometió a votación la propuesta de los apartados I, II, III y IV relativos, respectivamente, a los antecedentes, al trámite, a la competencia y a la legitimación, la cual se aprobó en votación económica por unanimidad de once votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, González Alcántara Carrancá, Esquivel Mossa,

Franco González Salas, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat, Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea.

El señor Ministro ponente González Alcántara Carrancá presentó el apartado V, relativo a la existencia de la contradicción. El proyecto propone determinar que existe la contradicción de tesis denunciada y que el punto jurídico por dilucidar se concreta en la pregunta: “¿El artículo 16, fracción VI, de la Ley General para el Control del Tabaco es incompatible con el derecho a la igualdad, al prohibir 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?”.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea sugirió que, como se platicó en la sesión previa, el punto de contradicción consiste en determinar si el artículo en cuestión es constitucional o no, sin acotarlo a una vulneración al principio de igualdad.

El señor Ministro ponente González Alcántara Carrancá modificó el proyecto con la sugerencia realizada.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea sometió a votación la propuesta modificada del apartado V, relativo a la existencia de la contradicción, la cual se aprobó en votación económica por unanimidad de once votos de las

señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, González Alcántara Carrancá, Esquivel Mossa, Franco González Salas, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat, Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea.

El señor Ministro ponente González Alcántara Carrancá presentó el apartado VI, relativo al criterio que debe prevalecer. El proyecto propone determinar que el artículo 16, fracción VI, la Ley General para el Control del Tabaco, al no estar basado en alguna categoría sospechosa, amerita un escrutinio de igualdad ordinario, el cual no se supera porque, si bien busca un fin constitucionalmente válido —la protección de la salud— y utiliza una medida razonable —velar los actos de comercio de productos que no sean del tabaco—, la prohibición prevista es desproporcional, absoluta y sobreinclusiva, en lugar de establecer un abanico de regulaciones, por ejemplo, para los cigarros electrónicos o vapeadores, independientemente del daño que generen en la salud.

Aclaró que este criterio no implica que esta Suprema Corte permita cualquier actividad relacionada con el consumo de cigarros electrónicos.

El señor Ministro Aguilar Morales discordó del proyecto porque, como lo sostuvo en la Segunda Sala en los amparos en revisión 853/2019 y 957/2019, el precepto en estudio es constitucionalmente válido porque se refiere exclusivamente a productos que no derivan del tabaco, por lo que se pueden

comercializar, vender, distribuir, exhibir, promocionar o producir los que funcionan o emplean tabaco, bajo las condiciones establecidas en la Ley General para el Control del Tabaco.

Estimó que el estudio no debería realizarse a partir de un examen de igualdad, sino a través de un juicio de proporcionalidad con escrutinio ordinario, como en la Segunda Sala, del cual se desprende que la medida persigue un fin constitucionalmente válido —proteger el derecho a la salud de la población y a un ambiente sano, consagrados en el artículo 4 constitucional—, es constitucionalmente admisible —pretende que no se refuerce el consumo del tabaco ni se estimule la adquisición de sus productos— resulta idónea —la prohibición comprende los instrumentos de cualquier naturaleza que, de manera periférica e indirecta, puedan fungir como un camino de introducción al consumo de los productos de tabaco— y es proporcional en sentido estricto —la libertad de comercio de productos que no son del tabaco se encuentra constitucionalmente restringida desde la perspectiva del derecho a la salud, en una variante especial de cuidado precautorio—.

Agregó que limitar la comercialización de productos que no son de tabaco encuentra pleno sustento en dos realidades: 1) tales instrumentos no pueden ser considerados un producto del tabaco y 2) los documentos especializados son unánimes en señalar la posibilidad de

que este tipo de objetos se erijan en un mecanismo de captación de nuevos consumidores de tabaco, especialmente entre la población joven.

Recordó que existe una obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para actuar con cautela en relación con innovaciones tecnológicas o químicas que pretendan ser de uso cotidiano para la generalidad de los consumidores, por lo que, en tanto se carezca de los estudios, protocolos, análisis y reglamentación específicos, este Tribunal constitucional debería decantarse por la constitucionalidad de esta norma, tal como lo recomienda la Organización Mundial de la Salud (OMS).

La señora Ministra Esquivel Mossa no compartió la propuesta porque la norma de mérito no prohíbe los cigarrillos electrónicos en su totalidad, sino únicamente los que utilizan sustancias ajenas al tabaco, respecto de los cuales existen recomendaciones de la OMS para mantener su prohibición por los daños que provocan en la salud de los consumidores.

Retomó que la norma analizada contiene tres elementos descriptivos: 1) los verbos rectores de las actividades que se prohíben: comercializar, vender, distribuir, exhibir, promocionar y producir, 2) el producto prohibido: un objeto que no sea producto del tabaco y 3) la descripción del producto que conduce a su prohibición.

Concluyó que el precepto no impide comerciar con cigarrillos electrónicos cuando utilicen como insumo el

tabaco, que se conocen como sistemas alternativos de consumo de nicotina, de acuerdo con el Decreto por el que se modifica la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dieciséis de julio de dos mil veintiuno.

Precisó que el once de septiembre de dos mil diecinueve el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias emitió una alerta importante a la población, en general, por el daño pulmonar grave por el uso de cigarros electrónicos, llamados vapeadores, especialmente por generar daño pulmonar grave a corto plazo.

Finalizó señalando que, por esas razones, la norma en comento no rompe el principio de igualdad porque los daños que producen estas sustancias o mezclas son más graves que los del tabaco, por lo que atiende al principio precautorio de protección a la salud.

El señor Ministro Franco González Salas recordó que ha sostenido en la Sala que, ante la falta de informes técnicos y científicos que demuestren los problemas o riesgos mayores de salud por el uso de este tipo de aditamentos u objetos sustitutos del tabaco, se debe proteger la salud, como ordena la Constitución.

Advirtió que, de invalidarse el artículo cuestionado, se dejaría totalmente abierto un mercado, inclusive, a los

menores de edad, quienes podrán acceder a este tipo de objetos potencialmente riesgosos.

El señor Ministro Pérez Dayán refrendó el criterio de la Segunda Sala en el sentido de que el precepto impugnado —“Se prohíbe: [...] 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”— es constitucional bajo cualquier escrutinio porque claramente prohíbe todo producto que no sea derivado del tabaco y se identifique como tal, pues su finalidad es combatir la adicción al tabaquismo y sus conocidas consecuencias y letalidad, por lo que se optó por la salud.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea compartió la inconstitucionalidad del artículo cuestionado, pero no por violación al derecho de igualdad, sino a la libertad de comercio y el libre desarrollo de la personalidad.

Recordó que el precepto en cita enuncia que “Se prohíbe: [...] 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”, lo que impide totalmente el acceso a cualquier producto que emule los productos del tabaco.

Estimó que, metodológicamente, el proyecto es incorrecto porque, a pesar de que anuncia que correrá un test ordinario —de dos gradas: la legitimidad del fin y la idoneidad de la medida—, lo hace en tres gradas, siendo que esas concuerdan cuando se advierte una categoría sospechosa, es decir, un escrutinio estricto.

Concordó con que el test de razonabilidad del tema de la salud se supera; sin embargo, ambas Salas analizaron también la libertad de comercio, cuya violación también se planteó en los conceptos de violación en los casos concretos, por lo que, al existir interferencias entre derechos fundamentales distintos a la igualdad —la libertad de comercio y el libre desarrollo de la personalidad—, debe aplicarse el test de proporcionalidad de cuatro pasos, de acuerdo con los precedentes de esta Suprema Corte.

Apuntó que la Primera Sala, en el amparo en revisión 237/2014 —del tema de la marihuana—, estableció que el libre desarrollo de la personalidad comprende, en principio, la libertad de consumir cualquier sustancia sin afectar los derechos de terceros ni el orden público.

Precisó que, luego de realizar el test de proporcionalidad de cuatro gradas, se obtiene que, aunque la prohibición alegada persigue una finalidad legítima —proteger la salud— y es idónea, no supera la tercera grada de necesidad porque prohíbe indiscriminadamente cualquier objeto que contenga cualquier tipo de diseño o señal auditiva que lo identifique con productos de tabaco, no únicamente

los productos que generen afecciones a la salud, independientemente de sus características ni de la edad de los consumidores, lo cual resulta sobreinclusivo.

Aclaró que no se está pronunciando sobre si prohibir absolutamente algunos productos nocivos a la salud fuera constitucional o no, pues existe una variedad infinita de sustancias que pueden resultar nocivas para la salud, ni que se deba permitir o regular los cigarrillos electrónicos, pues pueden y deben ser regulados, pero no mediante una prohibición absoluta de tal amplitud que impacte de forma injustificada los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de comercio.

Advirtió que, de sostenerse un criterio contrario, sería contradictorio con la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional relativa a la prohibición absoluta del consumo lúdico de la marihuana o cannabis.

El señor Ministro Laynez Potisek se expresó en favor del sentido del proyecto, pero apartándose de su metodología y consideraciones.

Precisó separarse de los párrafos del setenta y seis al setenta y nueve del proyecto porque ambas Salas únicamente discreparon en el escrutinio constitucional, es decir, contrario a la Primera Sala, la Segunda Sala no realizó un escrutinio estricto, pues se estimó que no se implicaba ninguna categoría sospechosa.

Discordó del párrafo ochenta del proyecto, el cual trata de excluir del punto de toque el razonamiento de la Primera Sala en torno a la incompatibilidad del precepto aludido con la libertad de comercio, pues la Segunda Sala también refirió a la libertad de comercio.

Concluyó que no se trata de un problema de igualdad porque, como argumentó en la Segunda Sala, la norma en cuestión se contrapone a la libertad de comercio, ya que la prohibición que contiene no supera un test de proporcionalidad, además de que pertenece a una ley cuyo objeto es controlar y/o regular el uso del tabaco.

Valoró que el legislador pudo haber emitido una regulación diferenciada entre productos derivados o no del tabaco y sus instrumentos, de acuerdo con los daños que representen a la salud.

El señor Ministro Pérez Dayán observó que el caso de la cannabis y el libre desarrollo de la personalidad giró en torno a su consumo, verbo que no se expresa en la disposición analizada.

Reiteró que la norma en comento pretende prohibir cualquiera de las actividades que enuncia —comerciar, vender, distribuir, exhibir, promocionar o producir— de modo preventivo y precautorio ante una realidad contundente: los estragos dramáticos a la salud.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea aclaró que el único concepto que no se incluyó en esos

precedentes de la cannabis fue el de comercializar, mas sí el de cosechar, transportar y consumir.

Acotó que el principio es el mismo, a saber, el Estado no puede prohibir absolutamente por argumentos de salud, dadas las razones técnicas del test de proporcionalidad que esgrimió.

La señora Ministra Ríos Farjat aclaró no haber participado en la discusión de la Primera Sala porque aún no la integraba, pero coincidió con su criterio porque, en primer lugar, no se trata de productos inocuos, sino que existen riesgos y daños documentados y directos a la salud a nivel nacional —Comisión Nacional contra las Adicciones (CONADIC)— e internacional —OMS— y, en segundo lugar, porque son productos que suelen promocionarse como sofisticados, tecnológicos y limpios.

Precisó no compartir la conclusión de la Segunda Sala porque presenta una dudosa apreciación sobre la razonabilidad de una medida de carácter prohibicionista, absoluta y permanente, y su carácter idóneo para proteger la salud, puesto que no se distinguen las características tóxicas de los productos electrónicos, sino que se prohíben únicamente porque no contienen tabaco. En todo caso, la prohibición no debió ser simplemente por no parecerse un producto a otro, sino tomando en cuenta las particularidades de estos productos.

Coincidió con el señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea en que el estudio debió partir de la libertad de comercio y el libre desarrollo de la personalidad.

Puntualizó que la posible inconstitucionalidad de la norma en análisis no significara un pase automático a los productores para la comercialización de dichos productos e insumos electrónicos porque, si bien los asuntos de los que provienen los criterios contendientes fueron promovidos por empresas que solicitaron permisos para llevar a cabo esta comercialización, deben respetarse los derechos de los consumidores de conocer los componentes de las sustancias que consumen, de que exista control sobre quiénes producen y de recibir información suficiente para tomar una decisión libre e informada.

Retomó que, en el caso, la prohibición absoluta es arbitraria porque es debatible si es una medida apropiada para proteger la salud y, en cambio, trasgrede directamente la libertad de comercio, la libertad de los consumidores y el libre desarrollo de la personalidad.

Valoró que la regulación de estos productos abonaría a la protección de la salud de manera más eficiente que su absoluta prohibición, dado que se establecerían diversas obligaciones para los proveedores frente a los consumidores, por ejemplo, sobre el estándar de producción, etiquetado, empaquetado, información que deben proporcionar, control de venta y fiscalización, entre otros.

Reservó su criterio para cuando el legislador regule estos productos y determinar, en su caso, si es constitucional o no.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea concordó en que, en este momento, únicamente se está analizando si una prohibición absoluta es constitucional o no, sin adelantar criterio por si se regula de una u otra forma.

La señora Ministra Piña Hernández aclaró que tampoco participó del criterio de la Primera Sala.

Se pronunció en favor del sentido del proyecto, pero en razón de que el precepto en cuestión viola la libertad de comercio e incide directamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad o de autonomía.

Retomó que los argumentos para sostener la constitucionalidad del precepto son relativos al derecho a la salud; sin embargo, como se determinó cuando se analizó la declaratoria general de inconstitucionalidad del asunto de la cannabis, las privaciones, limitaciones o restricciones a la autonomía personal no son admisibles con base en razones proteccionistas del Estado en cuanto a la salud del propio consumidor, pues se deben respetar las decisiones que tomen las personas que han desarrollado una capacidad y racionalidad adecuadas. Si bien el Estado tiene la obligación de proteger la salud de las personas, no puede hacerse contra la voluntad de las personas adultas plenamente autónomas, por lo que cualquier medida que adopte debe

ser compatible con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Secundó el argumento de que la medida cuestionada no supera la grada de necesidad del test correspondiente porque, si bien se pretende evitar que los menores o las personas con discapacidad dañen su salud, pudieron haber bastado algunas medidas administrativas para alcanzar ese fin, como la prohibición de que esos sectores adquirieran las sustancias, que los terceros se las transmitan por cualquier título o impartir educación acerca de los efectos nocivos de estos productos.

Anunció un voto concurrente para precisar que, aunque es una norma sobreinclusiva, vulnera el libre desarrollo de la personalidad y que se pudieron tomar otro tipo de medidas para cumplir el fin de la medida.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea sometió a votación la propuesta del apartado VI, relativo al criterio que debe prevalecer, la cual se aprobó por mayoría de siete votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, González Alcántara Carrancá, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat, Laynez Potisek y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea con consideraciones distintas. La señora Ministra Esquivel Mossa y los señores Ministros Franco González Salas, Aguilar Morales y Pérez Dayán votaron en contra y anunciaron sendos votos particulares. Las señoras Ministras Piña Hernández y Ríos Farjat y los señores Ministro Laynez

Potisek y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea anunciaron sendos votos concurrentes.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea, tomando en cuenta que, de la mayoría manifestada, cuatro se pronunciaron en contra de las consideraciones, resulta conveniente que el engrose se realice atendiendo a las razones expresadas por esta mayoría, y que la tesis respectiva se apruebe en una sesión privada.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea declaró que el asunto se resolvió en los términos precisados.

Acto continuo, levantó la sesión a las doce horas con cincuenta y cinco minutos, previa convocatoria que emitió a los integrantes del Tribunal Pleno para acudir a la próxima sesión pública ordinaria, que se celebrará el jueves veintiuno de octubre del año en curso a la hora de costumbre.

Firman esta acta el señor Ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y el licenciado Rafael Coello Cetina, secretario general de acuerdos, quien da fe.

