

REGULACIONES QUE HACEN HUMO: LOS MALES DE UNA EXCESIVA REGULACIÓN CONTRA LOS CIGARRILLOS

Gustavo M. Rodríguez García*

No existe discusión en relación con los perjuicios que fumar conlleva para la salud. Sin embargo, no debe perderse de vista que, en gran parte, quienes sufren los males del tabaco asumen las consecuencias de sus actos de forma voluntaria. No existe motivo para pensar que las autovíctimas del cigarro son seres irracionales y absolutamente ignorantes de los riesgos y daños que implica fumar. El Estado, no obstante, asume un rol de guardián que no es compatible con la libertad individual y que, además, falla porque no se orienta hacia un modelo regulatorio de naturaleza social, sino que se sostiene en medidas que oprimen al mercado formal de tabaco en perjuicio de la sociedad en su conjunto.

El autor de este artículo no fuma. Nos parece importante dejar constancia de ello para que no se nos atribuya una defensa interesada a favor del consumo de tabaco. Si usted fuma, lo hace seguramente porque valora la sensación que ello le produce. Quizá lo relaja, le elimina la tensión. Quizá usted es lo que comúnmente denominamos “un fumador social”, es decir, fuma en alguna reunión, con amigos, etcétera. Quizá simplemente le gusta fumar. Quizá usted haya escuchado que fumar es dañino para la salud. Debe ser una de las frases

Revista de Economía y Derecho, vol. 7, nro. 26 (otoño de 2010). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato al grado de magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral (Argentina). Cuenta con estudios, entre otros, en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla-La Mancha y en Gestión Empresarial de la Propiedad Industrial en el curso organizado por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de Argentina y el Instituto de Educación Continua de la Universidad Pompeu Fabra.

más conocidas. Pero no es solo una frase popular. Es, además, una incuestionable verdad. Y posiblemente usted también sepa esto: si usted fuma, es porque ha decidido hacerlo. Y si usted no lo hace, es porque igualmente decide no hacerlo, sea porque no está dispuesto a asumir los riesgos que conlleva la actividad o porque simplemente no desea hacerlo.

1 La demanda no depende de la regulación

Resulta interesante explorar lo que ocurre con el grupo de fumadores. Ya hemos dicho que es muy probable que sus integrantes sepan que fumar es dañino, pero igualmente lo hacen. Estas personas saben que las posibilidades de deteriorar su salud y reducir sus vidas son mayores. Sin embargo, el costo de dejar de fumar, para ellos, es superior al costo de asumir este riesgo. Es una elección racional, informada y libre. Quienes practican deportes especialmente peligrosos conocen tales riesgos, pero el Estado no los restringe. Manejar implica un riesgo, a veces muy alto, pero el Estado no prohíbe la circulación de los vehículos.

El primer problema de las medidas regulatorias en contra de la industria de cigarrillos es que estas parecen partir de la idea de que la sola regulación elimina la demanda de los bienes que se pretende restringir, pero el hecho es que quien fuma y le gusta fumar tratará de seguir fumando. El segundo problema es que las medidas regulatorias inciden en la industria formal del cigarro, pero no se orientan al control de la industria informal porque, precisamente, es informal. Si analizamos estas dos cuestiones, encontramos que la demanda por cigarrillos se mantiene estable y que la industria formal resulta golpeada por la regulación. Así, se generan incentivos para que la oferta de cigarrillos informales crezca en aras de satisfacer la demanda existente y constante.

La cuestión, no obstante, no concluye ahí. Las industrias informales suelen funcionar de una forma subrepticia, porque pretenden esconderse de la regulación existente. Proporcionan menos información beneficiosa para los potenciales consumidores de los productos y aseguran en menor medida la calidad característica de sus productos. Toda esta situación, por demás, genera costos altísimos de fiscalización, ya que no cuesta igual supervisar a una industria formal y transparente

que a una industria en las sombras. La regulación directa del tabaco –a nuestro juicio– es una pésima idea no solo porque agrede directamente la elección libre de los fumadores sino porque conduce al mercado hacia una “informalización” generalizada en la que el tabaco de contrabando sería el primer beneficiado.

2 La publicidad informa a los consumidores

La publicidad no es solo persuasión sino también información. Gracias a la publicidad, los consumidores podemos enterarnos quiénes son los proveedores de determinado bien o servicio, qué características tienen tales productos o prestaciones, entre otros aspectos que pueden llevarnos a adoptar una decisión informada sobre lo que nos conviene. Una de las medidas regulatorias más infelices viene dada en forma de prohibición a la publicidad de los cigarros.

Si uno analiza el *packaging* de los cigarros, encontrará diversa información de utilidad para que los consumidores se hagan una idea más o menos clara de qué producto tiene en sus manos. El empaquetado, entonces, cumple, en tanto publicidad, un rol informativo importante en el mercado. Si los cigarros son un producto legal –que lo son–, entonces los consumidores tienen el derecho de informarse con respecto a tales productos. El derecho a recibir una información adecuada debe ser respetado, ya que hace a la esencia del principio de soberanía del consumidor sin que eso deba llevarnos a propugnar deberes de revelación de información absolutos¹.

En ese orden de ideas, los impulsores del denominado *plain packaging*, es decir, que los empaques de cigarros no lleven marcas o elementos diferenciadores, deberían considerar que, en tanto los cigarros son un producto lícito, dicha medida únicamente implicará reducir información disponible para que los consumidores adopten decisiones de consumo debidamente informadas. El derecho de los consumidores a informarse se encuentra legalmente reconocido² y, por esto, en tanto el cigarro sea un producto lícito, medidas restrictivas de la publicidad de cigarros serían contraproducentes con el derecho esencial de los consumidores a estar debidamente informados.

Pero la problemática no concluye en eso. Si uno elimina las marcas que cumplen una función informativa de calidad –porque la marca transmite información a los consumidores con respecto a la calidad

de un determinado producto—, el único factor de competencia en el mercado sería el precio, debido a que se generaría una homogeneización de la oferta de cigarrillos. Esto, lejos de desincentivar el consumo de cigarrillos, posiblemente lo incrementará, dado que muchas personas trasladarán sus preferencias hacia cigarrillos menos costosos (y, posiblemente, más riesgosos), a fin de generar un ahorro que pueda reinvertir en el consumo de más cigarrillos por menos precio y reducida calidad (porque la calidad es eficientemente informada a través de los signos diferenciadores).

Aunque no existe una medida regulatoria que acoja el *plain packaging*, existen severas restricciones a la publicidad de cigarrillos en el Perú que tienen un efecto equivalente, es decir, la limitación al acceso de información³. A partir de la teoría de los rendimientos decrecientes, Avellaneda y Súmar⁴ sostienen que el nivel de persuasión de la publicidad depende del tipo de mercado. Uno de los argumentos en contra de la publicidad de cigarrillos es que, si bien tienen el efecto informativo descrito, también incentivan el consumo porque persuaden a los consumidores en ese sentido. Para los autores citados, el mercado del cigarrillo es uno maduro en el que los consumidores saben, en general, las características de los productos y sus riesgos. En esos casos, la publicidad informa sobre las marcas existentes, pero no induce al consumo porque este depende de otras variables. Así, la publicidad se encontraría destinada a ampliar la cuota de mercado de quienes hacen publicidad, pero no a ampliar el mercado per se.

3 La paradoja del fumador pasivo

En términos económicos, la cuestión del fumador pasivo sería un problema de externalidades. Los fumadores generarían, con su conducta, cierto costo que tendrían que asumir quienes no fuman. Este argumento es interesante porque justificaría muchas de las políticas estatales orientadas hacia la regulación del tabaco: desde esta perspectiva, el Estado no estaría tratando de cuidar al fumador que libremente desea asumir el costo de sus acciones, sino al inocente que resultaría afectado sin haber incurrido en la conducta riesgosa.

La regulación en este tipo de casos —como bien lo señala Mitra⁵— pierde de vista que estos problemas suelen solucionarse eficiente-

mente de forma privada sin la necesidad de hacer de ello una cuestión pública. El mercado privado podría generar una oferta especialmente dirigida a quienes desean fumar y a quienes no desean ser molestados por el cigarro de otros. Por otro lado, y esto tiene que ver con lo que en el siguiente apartado desarrollaremos, en muchos casos el problema del fumador pasivo parte de una problemática derivada de la falta de respeto y educación de ciertos fumadores. Pero ese no es un caso a favor de la regulación del tabaco sino que revela una deficiencia a ser subsanada en el marco del sistema educativo (ya sea educación en el colegio o, fundamentalmente, la enseñanza paternal o familiar).

Mitra destaca, en ese orden de ideas, que “[p]or ejemplo, los restaurantes en India publicitan de forma rutinaria su estatus de ‘totalmente vegetariano’ o de ‘no vegetariano’ dependiendo de la clientela que busquen atraer. Muchos también tienen características que se agregan, como la prohibición de bebidas alcohólicas o de cigarrillo. Dependiendo de la naturaleza de sus pasajeros, muchos servicios privados de bus-*charter* en Delhi cobran extra por condiciones como viajar donde el cigarrillo está prohibido o permitir que se fume. La demanda de los fumadores ha inducido a algunas líneas aéreas a que ofrezcan vuelos especiales. El poder de la negociación privada se demuestra mejor a través de informes presentados donde pasajeros sentados en el límite entre la zona de asientos para fumadores y no fumadores han hecho acuerdos económicos para inducir a que un vecino fumador no encienda su cigarrillo durante el vuelo”⁶.

Esto no quiere decir que el Estado no realice una campaña activa de información sobre los riesgos del tabaco. Esa campaña es necesaria porque asegurará no solamente que quienes fuman lo hagan con toda la información adecuada sino para que, también, los no fumadores conscientes de los costos que asumen como fumadores pasivos tengan incentivos apropiados para negociar con quienes fumen una solución eficiente de forma privada (ya sea porque el fumador soborna al no fumador para permitir que fume o porque el no fumador soborna al fumador para que cese). Esto sin perjuicio de lo que cualquier evidencia científica pueda demostrar sobre los reales costos y riesgos asumidos por los fumadores pasivos, cuestión sobre la cual no vamos a pronunciarnos aquí.

4 El misterio de la regulación social

Muchas veces por formación –o por deformación– los que nos dedicamos al derecho solemos creer que la normativa es suficiente para solucionar la compleja problemática. A veces tenemos la idea de un sistema jurídico omnipotente que por efecto de la propia letra de la ley puede reacomodar y alinear los deseos, sentires y pareceres de los que componemos la sociedad. Sin embargo, las normas jurídicas se encuentran encaminadas a obtener finalidades diversas que van más allá de los límites propios del derecho⁷.

Eso no debe conducirnos a apartarnos de las soluciones jurídicas sino que debe orientarnos a obtener respuestas y soluciones integrales de la problemática. La regulación social emplea herramientas que se pueden concebir como “regularidades conductuales”. Cuando estas regularidades se siguen para evitar cierto castigo o determinada consecuencia, nos encontramos frente a “normas sociales”. Cuando nos encontramos frente a regularidades que surgen espontáneamente sin ningún elemento que nos conduzca hacia estas, estamos frente a “convenciones”⁸. En cualquier caso, tanto las normas sociales como las convenciones –en adelante, nos referiremos, en general, a la regulación social– complementan de forma importante la tarea que las reglas legales pueden desempeñar y, en muchos casos, son estos los medios más eficientes para sugerir determinada conducta (y no la legislación).

La regulación social se compone de estas normas sociales entendidas, en general, como actitudes sociales de aprobación y desaprobación⁹. La inobservancia de la regulación social se reprime mediante sanciones sociales (por ejemplo, la burla o el aislamiento). En casos en los que se considera deseable orientar a los individuos a determinada circunstancia (por ejemplo, dejar de fumar) resultaría más eficiente que la acción gubernamental se encuentre orientada al empleo de modelos regulatorios sociales y no mediante el empleo de reglas legales (con mayor razón cuando prohíben directa o indirectamente una conducta elegida y adoptada libremente por los individuos). Los individuos igualmente serían libres de hacer caso omiso a las regulaciones sociales, es decir, de asumir libremente los costos sociales de su conducta de la misma forma como asumen libremente los costos a nivel de salud personal.

Esta visión presenta una alternativa que no resulta exenta de problemas. Nótese que se podría argumentar, con toda validez y razón, que el Estado invierte recursos de la sociedad en la promoción de regulación social orientada a exacerbar conductas que considera deseables y a alejar aquellas que estima indeseables o nocivas. Una vez más, el Estado realiza un juicio de valor sobre lo que es bueno y lo que es malo e invierte recursos de todos en fomentar lo que su propia valoración le aconseja. Pero esta problemática se encuentra presente en todo esquema regulatorio. Nosotros no sostenemos aquí que esta opción sea mejor que la que apuesta por la libertad en este o en otros supuestos (que es el escenario al cual nos inclinamos) sino que argumentamos que, en todo caso, este modelo regulatorio es mejor que el establecido (y que el que podría establecerse) mediante la legislación en nuestro país por las consecuencias nefastas ya descritas.

5 A modo de comentario final

Uno de los argumentos que se suelen invocar a favor de medidas regulatorias como los que aquí hemos cuestionado es basarse en la defensa de la salud pública. Pero –tal y como ha destacado Deepak Lal¹⁰– este argumento nos recuerda al paternalismo de las sociedades y economías planificadas. Muchas comidas pueden ser dañinas para la salud, pero eso no significa que el Estado debe regular el régimen alimentario de los individuos. En cualquier caso, además, debe quedar claro que las medidas legales adoptadas serán interiorizadas por el mercado formal, que es, precisamente, el que menos debería preocuparnos.

Las prohibiciones y restricciones no solamente tienen por efecto directo la disminución de la cantidad de información valiosa en el mercado sino que, además, encarecen el acceso a la poca información que puede estar disponible¹¹. Eso tiene como efecto limitar el acceso a los cigarrillos por parte de las personas más necesitadas (sobre todo de la oferta de buena calidad) y, en general, conduce a aquellos que puedan pretender la satisfacción de sus necesidades hacia la oferta informal del tabaco (con el riesgo derivado de la poca transparencia de ese mercado informal y el perjuicio tributario que ello implica para el propio Estado).

Resulta sensato que se brinden espacios que permitan la libre elección de los individuos en relación con el problema del tabaquismo para

minimizar las potenciales afectaciones (externalidades negativas) a terceros no fumadores mediante la distinción entre sectores para fumadores y no fumadores. Una regulación que proscriba plena y absolutamente el fumar, siendo una conducta en sí lícita, constituye una suerte de discriminación indirecta. Algunos sostendrán que la regulación no puede ser considerada como discriminatoria, porque no se orienta al fumador sino a la actividad en sí misma, pero es precisamente por esa razón que la discriminación es indirecta. Directamente la imposición de espacios 100 por ciento libres de tabaco incide sobre la conducta, pero, dado que las conductas son realizadas por personas, por la vía indirecta se excluye a los fumadores de la posibilidad de acceder a determinados espacios.

Debe considerarse, con mayor razón cuando se trata de productos adictivos como los cigarros –aunque ello podría depender, en mayor o menor medida, de las condiciones particulares del sujeto fumador–, que las regulaciones basadas exclusivamente en reglas legales no alteran por sí mismas la demanda del producto correspondiente en el mercado. En ese sentido, y en tanto se considere necesario aplicar una política que informe de los riesgos inherentes al fumar, parecería hacer más sentido una regulación basada en los castigos sociales y en las campañas informativas que en la represión de la conducta en sí misma y en el castigo a los sectores formales. La información puede garantizar que los consumidores adopten decisiones conscientes y que los no fumadores tomen previsiones adecuadas. Riesgos siempre existirán –algunos insospechados–, pero regular todo riesgo implicará un costo que la sociedad tendrá que pagar de alguna forma. La regulación no es gratuita¹². Una política informativa orientada al empleo de reacciones sociales parece más lógica que exponer al ordenamiento jurídico a una deslegitimación absoluta dada su inobservancia generalizada. Este ensayo no pretende exponer verdades, sino una apreciación en relación con un tema polémico. Sí sostenemos con convicción que una normativa que no se cumpla y que, además, genere más perjuicios que bienestar, parecería estar condenada a hacerse humo dejando una estela de efectos muy perniciosos para la salud del mercado y de la sociedad en su conjunto.

NOTAS

- 1 Se ha dicho, en tal sentido, que la soberanía del consumidor existe cuando dos condiciones fundamentales se encuentran presentes. Tiene que existir una gama de opciones posibles en virtud del proceso competitivo y los consumidores deben estar posibilitados de elegir libremente entre tales opciones. Al respecto, Neil W. Averitt y Robert H. Lande, “Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law”, en *Antitrust Law Journal*, vol. 65, nro. 3, primavera de 1997.
- 2 Literal b) del artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, que textualmente prescribe que los consumidores tienen derecho “a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”.
- 3 Puede revisarse la Ley 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco.
- 4 Puede revisarse Julio Avellaneda y Óscar Súmar, *Paradojas en la regulación de la publicidad*, Lima: Universidad del Pacífico, 2007.
- 5 Barun S. Mitra, prólogo al libro *La guerra del tabaco*, Liberty Institute, 2000.
- 6 Ídem, vi-vii.
- 7 Recomendamos el interesante trabajo de Richard A. Posner, “La decadencia del derecho como disciplina autónoma: 1962-1987”, en *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, México D. F.: Fondo de Cultura Económica, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, A. C., Instituto Tecnológico Autónomo de México (compilador: Andrés Roemer), 2000, pp. 102-122.
- 8 Un modelo similar puede encontrarse en el trabajo de Richard H. McAdams y Eric B. Rasmusen, “Norms in Law and Economics”, en *Handbook of Law and Economics*, 2005, nro. 3.
- 9 Cass R. Sunstein, “Normas sociales y roles sociales”, en *El análisis económico del derecho y la Escuela de Chicago* (compilador: Eric A. Posner), Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2002, p. 212.
- 10 Deepak Lal. “El humo entra en tus ojos: los efectos sobre el bienestar económico de la cruzada global del Banco Mundial y la OMS contra el tabaco”, en *La guerra del tabaco*, ob. cit.
- 11 En términos similares, North y LeRoy Miller se referían a los efectos de la prohibición contra la prostitución. Ellos destacaban que “a medida que la in-

formación acerca de la calidad se ha vuelto más cara, el ciudadano adinerado ha sido el único capaz de pagar el costo de encontrar prostitutas saludables, mientras que el pobre ha contraído enfermedades venéreas”. Véase Douglass C. North y Roger LeRoy Miller. *El análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etcétera*, México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 42-45.

- 12 Patrón, citando a Viscusi, destaca: “en 1993 el consumo de cigarrillo representaba para la sociedad un costo social de 1,37 dólares por cajetilla. No obstante, se estima que ese mismo año las muertes prematuras por fumar cigarrillos le ahorraron a la sociedad 1,42 dólares por cajetilla y le representaron 0,53 dólares de ingresos adicionales por impuestos al consumo —es decir, un beneficio total de 1,95 dólares por cajetilla—. El autor sostiene, así, no sin antes dejar en claro que no se pretende con ello fomentar la actividad, que en términos económicos los fumadores sí estarían pagando el costo que representarían en términos sociales, todo lo cual debería ser considerado al momento de determinar qué política regulatoria correspondería, de ser ese el caso, en relación con fumar. Véase Carlos A. Patrón Salinas, “Advertencia: la regulación del riesgo puede ser dañina para la salud. La percepción y regulación del riesgo en la sociedad”, en *Ius et Veritas*, nro. 19, Lima, 1999.