

CONTROL DE LA CADENA DE SUMINISTRO (PARTE III)

Recomendaciones fundamentales

- Eliminar referencias a “acuerdos jurídicamente vinculantes y cuyo cumplimiento se pueda exigir” en artículos 6 y 9.
- Agregar el tema de los insumos básicos en los Artículos 5, 6, 8 y 12, o por lo menos modificar el lenguaje en torno a insumos básicos en Artículo 5.5, de manera que se aliente la acción en lugar de impedirla.
- Eliminar referencia a la ubicación del centro mundial de intercambio de información en el Artículo 7.1.

Introducción

Durante las reuniones previas del Órgano de Negociación Intergubernamental (ONI), la Parte III del proyecto de Protocolo ha estado en el centro de la discusión, con varias propuestas de redacción y debate vigoroso en torno a ciertos temas, entre ellos, notablemente, el alcance de las obligaciones de seguimiento y localización (Artículo 7). Durante la ONI4, las Partes llegaron a consenso sobre el Artículo 7, sujeto a la disposición tan frecuentemente citada de “nada está acordado hasta que todo esté acordado”. Al grupo de trabajo oficioso llegaron otros proyectos de artículos, que proponen redacción para los restantes artículos referentes al control de la cadena de suministro.

Un aspecto clave que ahora enfrentan las Partes es si deben proponer o no modificaciones a la redacción de cualquiera de los artículos propuestos para la Parte III, dado el poco tiempo de negociación del que se dispondrá en la ONI5. Serán las Partes quienes tomen la última palabra al respecto. La FCA desea sugerir que hay algunos problemas de redacción en las propuestas del grupo de trabajo que hay que resolver antes que se dé por finalizado el Protocolo. En algunos casos, parece ser que la cuestión tiene que ver con las palabras seleccionadas, más que con la intención, de manera que los cambios pueden ser considerados cambios de gobierno interno. En otros casos, están en juego cuestiones más básicas que requieren de una discusión extensa.

Problema: referencias inapropiadas a acuerdos privados

En el proyecto sugerido por el grupo de trabajo oficioso, en dos ocasiones menciona (en el artículo 6 y en el 9) la aplicación de “leyes nacionales o [...] acuerdos jurídicamente vinculantes y cuyo cumplimiento se pueda exigir” en relación con las obligaciones. Esta redacción ha aparecido en varias propuestas para el Artículo 6 en reuniones previas (cfr. Propuestas del grupo de trabajo oficioso en la ONI4, en FCTC/COP/INB-IT/4/3), sin embargo, parece que es algo nuevo para el caso del Artículo 9.



Da la impresión que la *intención* de esta redacción es permitir que la Unión Europea y sus estados miembro puedan cumplir con las obligaciones contraídas por virtud del Protocolo con respecto a la diligencia debida (Artículo 6) y medidas de seguridad y prevención (Artículo 9) vía acuerdos con los fabricantes de cigarrillos. Sin embargo, no queda claro que se necesite incluir redacción para conseguir esto, mientras que el efecto de esta redacción puede ser mayor de lo que se quiere.

“De conformidad con su ley nacional” es una fórmula que se encuentra en muchos instrumentos internacionales, incluido el propio Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT) (por ejemplo en los artículos 10 y 11). Tiene dos posibles significados. Primero, puede significar que las Partes pueden instrumentar una obligación particular por vía de la legislación nacional, en oposición con otro mecanismo. En este sentido, generalmente la fórmula es redundante: por supuesto las Partes son libres de adoptar legislación nacional para instrumentar las obligaciones en el marco del acuerdo. En su segundo significado, la naturaleza y alcance de las obligaciones de las Partes dependen en parte de la legislación nacional. En la mayoría de los casos, parecería ser que este es el significado buscado.

La fórmula “de conformidad con acuerdos jurídicamente vinculantes y cuyo cumplimiento se pueda exigir” es de una ambigüedad similar. Si únicamente significa que dichos acuerdos son un posible *mecanismo* para instrumentar las obligaciones, resulta redundante: nada en los artículos 6 y 9 impide que una Parte recurra a medidas legislativas, ejecutivas, administrativas o de otra índole para llevar a cabo dicha instrumentación (ese rango de posibilidades puede ser especificado, por ejemplo, “Cada Parte requerirá, de acuerdo con su legislación nacional y a través de medidas legislativas, ejecutivas, administrativas o de otra índole...”). Sin embargo, la fórmula también puede ser interpretada como significando que el alcance y naturaleza de las obligaciones de las Partes *dependen* del contenido de “acuerdos jurídicamente vinculantes y cuyo cumplimiento se puede exigir”. Esto quiere decir que cualquiera de las Partes puede optar por abandonar sus obligaciones adquiridas por virtud de los artículos 6 y 9 mediante la firma de un acuerdo con *cualquiera*, hasta tanto dicho acuerdo sea jurídicamente vinculante y cuyo cumplimiento se pueda exigir.

Para llevarlo al extremo, una Parte puede firmar un acuerdo con una empresa de auditorías, Global Auditors Inc., declarando que “para los propósitos del Artículo 6 del Protocolo para eliminar el comercio ilícito de productos de tabaco, la aplicación que Global Auditors Inc. Haga de una auditoría anual a la cadena de suministro, se considerará como la aplicación del principio de diligencia debida por parte de la persona física o jurídica que sea sujeto de dicha auditoría.” En términos más reales, cualquiera de las Partes tendría la libertad de firmar acuerdos con fabricantes individuales limitando las exigencias del principio de diligencia debida para esa empresa, y aseverar que está cumpliendo con sus obligaciones en el marco del Artículo 6, incluso si los términos de dicho acuerdo son inadecuados.

En la forma como está redactado, “de conformidad con acuerdos jurídicamente vinculantes y cuyo cumplimiento se pueda exigir” también podría hacer referencia a acuerdos bilaterales entre Partes. Uno tendría que considerar cómo interactuaría esto con el Artículo 2 del Protocolo.

Es totalmente inapropiado dar a las Partes la posibilidad de abandonar sus obligaciones internacionales mediante acuerdos con actores distintos al Estado, particularmente donde no hay estándares acordados de transparencia con respecto a los procesos para negociar, adoptar y cumplir dichos acuerdos o de sus términos. La redacción presente parece dejar abierta la

posibilidad de que las Partes ajusten las obligaciones adquiridas en el marco del Protocolo mediante el establecimiento de acuerdos confidenciales con los fabricantes de cigarrillos; acuerdos a los que otras Partes, ciudadanos de los países firmantes y la sociedad civil no tienen acceso o si lo tienen es restringido.

Solución: eliminar “jurídicamente vinculante y cuyo cumplimiento se pueda exigir” en los lugares donde aparezca en los artículos 6 y 9. Y, de ser necesario, agregar la frase “mediante medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y de otra índole”.

Problema: ausencia de controles en insumos básicos

Hay creciente evidencia de que en años recientes se ha incrementado la fabricación ilícita de productos de tabaco, es decir, producción que es claramente ilícita desde un inicio y generalmente por parte de grupos que ni siquiera mantiene aspectos de licitud ya que no registran su empresa ni obtienen licencias de fabricación, entre otros aspectos. En algunas ocasiones dichos productos son detectados al ingresar a los canales de comercialización normales en los niveles de venta al por mayor o al por menor. Las “marcas de identificación únicas, seguras e indelebles” a las que hace referencia el Artículo 7.3 deben ayudar particularmente a la detección de dichos productos.

Sin embargo, algunos productos de tabaco fabricados ilícitamente *nunca* ingresan a los canales de comercialización normales, sino que se los vende en el mercado negro. Una dificultad mayor se presenta cuando los productos fabricados ilícitamente son detectados en la venta al por menor, ya que es muy difícil rastrear hacia atrás en la cadena de suministro para llegar al distribuidor, ya no digamos al fabricante.

En el área de los estupefacientes, al igual que en la fabricación de ciertos productos peligrosos (como explosivos), el enfoque en términos de política es regular el comercio de los precursores químicos o productos químicos.¹ Lo cual puede ser todo un desafío, particularmente debido a que muchos productos químicos que se utilizan para producir estupefacientes también tienen otros usos totalmente lícitos.

En el caso de la fabricación ilícita de cigarrillos, el desafío podría ser más controlable, dependiendo del precursor o insumo básico elegido. Los dos que la FCA ha identificado en el pasado son papel para cigarrillos y filtros de acetato (la fibra utilizada para la mayoría de los filtros de cigarrillos). El papel para cigarrillos no tiene otros usos significativos, excepto para fumar otras drogas como la marihuana. El filtro de acetato sí tiene otros usos, aun cuando 80 por ciento se utiliza en la producción de cigarrillos. En el marco del *Harmonized Commodity Description and Coding System* (Descripción armonizada de bienes y sistema de codificación), tanto el papel para cigarrillos como el filtro de acetato tiene números HS; uno de los indicadores que se utiliza para el equipo de fabricación y determina qué formas de equipo pueden quedar sujetas a controles de la cadena de suministro² (para mayor detalle véase nuestro documento de antecedentes sobre insumos básicos). Análisis de información sobre comercio, por clasificación HS, es una metodología probada para detectar anomalías en el comercio. Por ejemplo, es relativamente sencillo calcular el número aproximado de cigarrillos que pueden ser fabricados a partir de un volumen identificado de papel para cigarrillos.

1 Cfr. Artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

2 Cfr. Equipo de fabricación utilizado en la elaboración de cigarrillos y otros productos de tabaco. Nota de la Secretaría del Convenio. FCTC/COP/INB-IT/5/INF.DOC./3.

Grandes movimientos de papel para cigarrillos sin reporte de niveles correspondientes de fabricación de cigarrillos puede alertar a las autoridades sobre las posibilidades de que se trate de fabricación ilícita.

En anteriores reuniones del ONI, un argumento esencial para no incluir los insumos básicos en las disposiciones del Protocolo relativas a la cadena de suministro era que son productos de doble uso o de uso múltiple. Hay que hacer notar que este principio no se aplica a precursores químicos para estupefacientes o explosivos. En el caso de equipo de fabricación, las partes aún tienen que decidir si el equipo con usos potenciales fuera de la producción de productos de tabaco habrá de quedar incluido en los alcances del Protocolo.

En el proyecto de redacción del Artículo 5, el grupo de trabajo oficioso propuso que el tema de los insumos básicos quedara para revisión posterior. La propuesta de redacción para el Artículo 5.5 dice: “A los cinco años de la entrada en vigor del presente Protocolo, la Reunión de las Partes se asegurará en su siguiente periodo de sesiones de que se lleven a cabo investigaciones basadas en la evidencia para determinar si existen insumos básicos fundamentales para la elaboración de productos de tabaco que puedan ser identificados y sometidos a un mecanismo de control eficaz. Basándose en esas investigaciones, la Reunión de las Partes estudiará las medidas oportunas.”

La redacción es peculiar en varios sentidos:

- Da la impresión de que impide que la Reunión de las Partes realice cualquier acción —incluyendo comisionar investigación— hasta por lo menos cinco años después de que entre en vigor. Por otro lado, no menciona fecha límite para el término de la investigación. Entonces, aunque puede que se haya pensado como un “premio de consolación” para las Partes que querían se regulara sobre los insumos básicos en la Parte III, su verdadero efecto más bien podría ser que reduzca las probabilidades de establecer medidas sobre el asunto, similar al de un Protocolo que simplemente obvia mencionar el asunto.
- No hay que hacer más investigación para demostrar que hay insumos básicos que son fundamentales para la fabricación de cigarrillos y que pueden ser fácilmente identificados. La cuestión es si pueden estar o no “sometidos a un mecanismo de control eficaz”.
- Investigar opciones para el control de insumos básicos podría ser de ayuda, sin embargo, lo que presumiblemente van a requerir las Partes es tomar una decisión informada sobre prácticas regulatorias, estudios de factibilidad para posibles opciones y/o análisis de coste-eficacia. La frase “investigaciones basadas en la evidencia” no queda clara en este contexto.

Si la intención de las Partes en postergar el tema de los insumos básicos para considerarlo hasta después de la entrada en vigor del Protocolo y asegurar que no caiga en el olvido, hay que cambiar la redacción del Artículo 5.5. La cual podría leerse: “En su primera sesión posterior a la entrada en vigor del Protocolo, la Reunión de las Partes considerará qué investigación se requiere hacer para determinar la factibilidad de medidas apropiadas en relación con los insumos básicos y asegurar que dicha investigación se haga. Las Partes revisarán los resultados de dicha investigación en la siguiente reunión y considerarán medidas apropiadas.”

Desde el punto de vista de la FCA, tal postergación no es necesaria. Una mejor manera de proceder sería insertar referencias a los insumos básicos en los artículos 5, 6 y 8. Solicitar licencias y mantener registros serán requisitos para la fabricación, importación y exportación de insumos básicos, asimismo se aplicará la diligencia debida. En los casos de los artículos 6 y 8, esto podría conseguirse con la inclusión de los insumos básicos en la definición que se hace del término “cadena de suministro”. Es necesario ajustar el Artículo 12.

Solución: Hay que incluir el tema de los insumos básicos en los artículos 5, 6 y 8. O mínimamente modificar el lenguaje en el Artículo 5.5 para asegurar que la Reunión de las Partes verdaderamente considere medidas apropiadas para los insumos básicos en un periodo razonable después de la entrada en vigor del Protocolo.

Problema: decisión prematura sobre la ubicación del centro mundial de intercambio de información (Artículo 7)

La decisión de la COP FCTC/COP4 (11) mandata que el grupo de trabajo oficioso considere varios temas, entre ellos la ubicación del centro mundial de intercambio de información cuyo establecimiento queda estipulado en la propuesta de redacción del Artículo 7.1. El grupo de trabajo decidió no considerar este último tema, partiendo de que se había llegado a consenso sobre el texto del Artículo 7 en la ONI4 (si bien no queda claro por qué la COP refirió este tema al grupo de trabajo si considera que el asunto tiene que quedar resuelto).

Desde el punto de vista de la FCA, aún es prematuro determinar la ubicación óptima del centro, antes de establecer su función exacta, tamaño y presupuesto. Son cuestiones operativas que tendrá que abordar la Reunión de las Partes. Pero, por analogía, vale la pena hacer notar que la decisión sobre la ubicación y estructura de la Secretaría del Convenio Marco se tomó en la COP1 (FCTC/COP1(10)), durante la primer reunión donde se aprobó el primer presupuesto y plan de trabajo de la Secretaría.

La propuesta de redacción del Artículo 7 no deja totalmente claro si el centro será una base de datos, algún tipo de instancia con personal o un sistema automatizado. En el marco del Artículo 7, estamos a cinco años de que opere en plenitud el sistema mundial de localización y seguimiento. Pueden suceder muchas cosas en el transcurso de esos años: avances en la tecnología de la información, avances en el comercio ilícito que influyan sobre la aplicación que las Partes hagan de medidas fundamentales del Protocolo y avances en el papel que desempeñan otras organizaciones, nacionales o internacionales.

Cómo ya lo mencionamos en nuestra hoja informativa sobre aplicación, asistencia técnica y desarrollo de capacidades, en este momento no queda claro que la aplicación del Protocolo sea necesaria para el alcance y naturaleza de la asistencia técnica y desarrollo de capacidades de las Partes, aunque puede resultar sustancial. Parece prudente tomar decisiones de manera integrada sobre detalles operativos y prioridades del presupuesto, una tarea que es mejor dejar para la Reunión de las Partes.

Solución: Simplemente borrar la frase “adscrito a la Secretaría del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco” en el Artículo 7.1 deja abierta las opciones para que la Reunión de las Partes aborde el tema junto con otros aspectos operativos importantes, como el desarrollo de capacidades, asistencia técnica, plan de trabajo, presupuesto, etcétera.

Conclusión

En el curso de reuniones previas del ONI, la FCA ha impulsado la simplificación y fortalecimiento de muchas disposiciones de la Parte III del Protocolo. Siguen pendientes una serie de aspectos sustantivos (por ejemplo, ventas a distancia) y propuestas de redacción sobre temas, que en un mundo ideal, desearíamos que las Partes tuvieran tiempo de visitar o abordar, según fuera el caso.³ Sin embargo, si en efecto ésta es la última reunión del ONI, aceptamos que todo mundo, Partes y observadores por igual, necesitan enfocarse en un número mucho menor de temas.

Desde nuestro punto de vista, las tres preocupaciones aquí señaladas no modifican fundamentalmente la intención de la propuesta de redacción de la Parte III que es la base para la negociación. Pueden abordarse simplemente, y el no hacerlo creará problemas futuros para el Protocolo que podrían llegar a ser sustanciales.

3 Cfr. “Comments on the Negotiating text for a protocol to eliminate illicit trade in tobacco products and Proposals of Drafting Groups 1 and 2 (Documents FCTC/COP/INB-IT/3/5 Rev.1; FCTC/COP/INB-IT/4/3; FCTC/COP/INB-IT/4/4)*”. Disponible en línea en: <http://tinyurl.com/7f2ep6t>.