

EXP. N.º 00032-2010-PI/TC  
LIMA  
5,000 CIUDADANOS

# SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

DEL 19 DE JULIO DE 2011

PROC

## ESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

**5,000 CIUDADANOS CONTRA EL ARTÍCULO 3º DE LA  
LEY N.º 28705 —LEY GENERAL PARA LA  
PREVENCIÓN Y CONTROL DE LOS RIESGOS DEL  
CONSUMO DE TABACO—**

### SÍNTESIS

*Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 3º de la Ley N.º 28705 —Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco—.*

### **Magistrados firmantes**

MESÍA RAMÍREZ  
BEAUMONT CALLIRGOS  
CALLE HAYEN  
ETO CRUZ  
URVIOLA HANI

## SUMARIO

### **I. ASUNTO**

### **II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS**

### **III. ANTECEDENTES**

§1. Argumentos de la demanda.

§2. Argumentos de la contestación de la demanda.

§3. Argumentos de los *amici curiae*.

3.1 Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

3.2 *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, *Campaign for Tobacco Free Kids* y Alianza para el Convenio Marco.

### **IV. FUNDAMENTOS**

§1. Delimitación del petitorio.

§2. Fumar ¿forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad?

§3. La prohibición de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores ¿limita los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa?

§4. ¿Qué finalidades persiguen las prohibiciones de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores y de que se pueda fumar en las áreas abiertas de los centros educativos solo para adultos?

§5. Limitar el acto de fumar teniendo como finalidad proteger la salud del propio consumidor de tabaco ¿es una finalidad constitucionalmente válida?

§6. Reducir el consumo de tabaco como finalidad constitucionalmente obligatoria, a la luz del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.

§7. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de idoneidad?

§8. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de necesidad?

§9. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto?

§10. Imposibilidad de adoptar medidas futuras que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo.

### **V. FALLO**

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de julio de 2011, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Álvarez Miranda, Vicepresidente; Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto en el que convergen los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, y el voto singular del magistrado Álvarez Miranda, que se agregan

### I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 3° de la Ley N.º 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, modificado por el artículo 2° de la Ley N.º 29517, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 2 de abril de 2010.

### II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

Artículo 3° de la Ley N.º 28705, modificado por el artículo 2° de la Ley N.º 29517, cuyo texto es el siguiente:

“3.1 Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.

3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.

3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados”.

### III. ANTECEDENTES

#### §1. Argumentos de la demanda

Mediante demanda interpuesta con fecha 30 de noviembre de 2010, los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad el artículo 3° de la Ley N.º 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, modificado por el artículo 2° de la Ley N.º 29517. Concretamente, cuestionan el precepto en el extremo que prohíbe el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país, prohibiendo de esta manera la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores, y en el extremo en el que prohíbe el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos.

Sostienen que el artículo 8° de la Constitución, se limita a establecer un mandato de regulación del consumo de tabaco, pero no lo prohíbe. Por ello, para proteger el derecho a la salud, el Estado puede introducir ciertas restricciones al consumo de tabaco, pero no puede prohibirlo. En tal sentido, refieren que el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, que a su juicio ostenta rango legal y en cuyas normas se fundamenta, en buena medida, la

incorporación al sistema jurídico de la norma cuestionada, no podría prohibir el consumo de tabaco, en tanto la Constitución permite expresamente el consumo de tóxicos sociales.

Manifiestan que la norma impugnada afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que les impide actuar su libertad de fumar, aún cuando ello no afecta de ninguna manera los derechos de los no fumadores. Y es que –según refieren– la norma prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco en locales públicos cerrados, sin perjuicio de que éstos se encuentren destinados exclusivamente para fumadores, y donde labore personal fumador, además de prohibir de manera absoluta el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos. Aducen que en ninguno de los dos casos se afecta de modo alguno el derecho a la salud de los no fumadores. Sostienen que el Estado no puede sancionar a las personas que en el marco de su autonomía han decidido libremente fumar en lugares acondicionados exclusivamente para ello. En esa línea, afirman que puede justificarse una restricción a los derechos de las personas fumadoras cuando su ejercicio afecta los derechos de las personas no fumadoras; sin embargo, ella no tiene asidero cuando las personas fumadoras deciden libremente concurrir a un lugar al que solo asisten –igualmente, por decisión voluntaria– otras personas fumadoras.

De otra parte, señalan que la norma cuestionada afecta de manera manifiesta los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, toda vez que establece una prohibición absoluta de contar con establecimientos exclusivos para fumadores, sin que exista una razón objetiva de por medio. Refieren que si la finalidad es proteger los derechos de los no fumadores y de los trabajadores bastaría con imponer una medida que garantice sus derechos, por ejemplo permitiendo la existencia de áreas para fumadores especialmente acondicionadas tomando como referencia el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para los Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo, pero sin prohibir la creación de este tipo de lugares solo para personas fumadoras. Por el contrario, refieren, se opta por la alternativa más restrictiva de los derechos de los fumadores, siendo por ende una opción inconstitucional.

Señalan que el impedimento de la existencia de locales exclusivos para fumadores donde únicamente trabaje personal fumador, no es una medida idónea para garantizar el derecho a la salud de los no fumadores, pues éstos no se encontrarían expuestos al humo del tabaco. Asimismo, sostienen que tampoco resulta idóneo para proteger el derecho a la salud de los no fumadores, la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos para personas adultas, puesto que en dicho supuesto, al encontrarse al aire libre, los no fumadores no se encuentran expuestos al humo del tabaco. En esa medida, consideran que la disposición cuestionada no supera el subprincipio de idoneidad, conformante del principio de proporcionalidad.

Aducen que las medidas adoptadas antes de la expedición de la norma impugnada eran idóneas para alcanzar los fines perseguidos, pero menos restrictivas de los derechos de los fumadores y de los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, pues permitía el consumo de tabaco en espacios abiertos, y en cuanto a los espacios cerrados establecía la posibilidad de un área no mayor del 10% del local para fumadores, la cual debía encontrarse separada del área de no fumadores, dentro de los valores máximos permisibles para sustancias tóxicas y contar con mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo, los que impedían la contaminación del área de no fumadores. Sostienen que durante el tiempo que estuvo vigente la legislación anterior, el Estado no realizó los esfuerzos para que se cumplan las medidas establecidas, de manera que restringir el marco regulatorio solo porque las municipalidades no han ejercido sus funciones fiscalizadoras, es hacer responsables a los administrados por las limitaciones de la Administración, afectándose con ello el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los fumadores, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa.

Asimismo, señalan que existían otras medidas menos restrictivas por las que se pudo optar, como permitir la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador, quienes podrían estar cubiertos por un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Y respecto de la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos, consideran que se pudo optar alternativamente por prohibir el consumo del tabaco en los centros educativos únicamente cuando en estos acudan menores de edad o únicamente en los espacios cerrados. En definitiva, aducen que la norma incoada no genera un estado superior de protección para los no fumadores, restringiendo innecesariamente el derecho de los fumadores, motivo por el cual no supera el subprincipio de necesidad.

Sostienen que si el consumo de tabaco en establecimientos exclusivamente para fumadores, donde trabaja personal fumador, no genera ninguna afectación al derecho a la salud de los no fumadores, pues tales personas no acudirían a estos locales, no es razonable que se prohíba. En estos casos la prohibición no haría más que discriminar a los fumadores mostrando intolerancia hacia su elección. Asimismo, refieren que si el consumo del tabaco en espacios abiertos dentro de locales dedicados a la educación adulta como universidades, institutos y escuelas de postgrado, no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores, no es razonable que se prohíba. Por estas consideraciones consideran que la norma no supera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, manifiestan que prohibiendo el consumo de tabaco en lugares exclusivamente para fumadores, de acceso público restringido, se está promoviendo de forma indirecta que aumente el consumo de tabaco en los hogares de los fumadores, afectándose a los niños y niñas de padres fumadores, e incitándoles a fumar en imitación del modelo.

## **§2. Argumentos de la contestación de la demanda**

El apoderado del Congreso de la República, contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, por considerar que no vulnera la Constitución. Sostiene, en primer término, que el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y tiene rango constitucional, pues es un tratado sobre el derecho a la salud. Refiere que, conforme a sus disposiciones, el Perú debe dictar medidas idóneas para lograr el cumplimiento de dos fines: 1) reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco; y) 2 reducir de manera continua y sustancial la exposición al humo del tabaco, siendo éstos los objetivos de la disposición impugnada. Considera que en la demanda solo se otorga importancia al segundo de los fines. Manifiesta que no es correcto afirmar que el referido Convenio solo haga propuestas, puesto que lo que hace es establecer obligaciones generales para los Estados Partes, con el objeto de prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco.

Manifiesta que el precepto solo establece la prohibición de fumar en determinados lugares como los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, las dependencias públicas, los interiores de los lugares de trabajo, los espacios públicos cerrados y cualquier medio de transporte, por lo que no se puede afirmar que estamos ante una tesis absoluta de prohibición.

Con relación a la interrogante de los demandante acerca de por qué tendría que prohibirse el funcionamiento de establecimientos exclusivamente para fumadores, donde además trabaje personal fumador, aduce que debe tomarse en cuenta que el artículo impugnado prohíbe fumar en los “interiores de los lugares de trabajo”, aún en el caso de que trabaje personal fumador. En tal sentido, los

demandantes estarían pretendiendo el reconocimiento de una excepción a la referida prohibición, siendo además que en tal supuesto el personal fumador estaría mucho más expuesto a las consecuencias del tabaquismo, pues no solo tendría que soportar tales consecuencias en los momentos en que decide fumar, sino también en los momentos en los que no puede fumar por estar trabajando. En tal sentido, sostiene que en este caso las personas fumadoras no estarían ejerciendo su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en armonía con el derecho a la salud de los trabajadores del lugar, aún cuando se trate de personal fumador.

Por su parte, con relación a la interrogante planteada por los demandantes acerca de por qué impedir a las personas adultas el consumo de tabaco en una universidad donde cuenten con amplios espacios abiertos y no se afecten los derechos de terceros, considera que resulta contradictorio que se permita la realización de un acto (consumo de tabaco) que trae devastadoras consecuencias para la salud humana, en un lugar (centro educativo universitario) que está dedicado a prestar un servicio público (educación) que tiene por finalidad el desarrollo integral de la persona humana y proporcionarle conocimientos para lograr una mayor calidad de vida; *máxime* si a dichos centros acuden también menores de edad. Resulta coherente que tales ambientes se encuentre 100% libres de humo de tabaco, para contribuir a la reducción de su consumo y a la protección contra la exposición al humo de tabaco, con lo cual se previenen enfermedades y, por ende, se garantiza la plena vigencia del derecho a la salud. Se trata pues, a su juicio, de una limitación razonable del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

Enfatiza que si bien los espacios libres de humo son una propuesta de la Organización Panamericana de la Salud, ellos constituyen un medio que no solo es idóneo para reducir la exposición al humo de tabaco, sino también para reducir su consumo. Sostiene que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad como todo derecho, no es absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional.

Refiere que el ejercicio de la libre iniciativa privada no debe atentar contra los intereses generales de la comunidad, mientras que el ejercicio de la libertad de empresa no debe poner en riesgo la salud de las personas.

Considera que el fin constitucionalmente legítimo de las medidas adoptadas por la norma impugnada es garantizar el derecho a la salud, pero no solo de los no fumadores, como lo entiende la parte demandante, sino también de los fumadores, lo cual resulta urgente ante la propagación de la epidemia del tabaquismo que produce enfermedades devastadoras. En tal sentido, manifiesta que entre las medidas que el Estado debe adoptar se encuentran aquéllas que son indispensables para la prevención de enfermedades, tal como lo hacen las medidas adoptadas por la disposición incoada que resultan idóneas para la consecución de tal objetivo, motivo por el cual superan el subprincipio de idoneidad del principio de proporcionalidad. Considera que no es correcto sostener, como lo hacen los demandantes, que con la medida impugnada en los hogares los menores se encuentren más expuestos al humo de tabaco, pues según la Organización Mundial de la Salud, el efecto es justamente el opuesto al reducirse el consumo de tabaco, debido a que previene de la iniciación en su consumo al atacar el corazón de su aceptabilidad social, fomentando que los fumadores dejen de fumar más eficazmente que los propios esfuerzos dirigidos hacia los fumadores.

Aduce que la norma anterior a la impugnada, que admitía la habilitación de áreas designadas para fumadores en los locales públicos, a diferencia de la impugnada, era insuficiente para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pues no existe mecanismo alguno que sea eficaz al 100% para

impedir el paso del humo hacia la zona de no fumadores y los sistemas de ventilación no son capaces de evitar suficientemente la presencia de sustancias tóxicas en el ambiente. Afirma que de conformidad con el Dictamen del Proyecto de Ley N.º 2996/2008-CR y N.º 3790/2009-PE que antecedieron a la dación de la norma impugnada, así como de acuerdo a sendos Informes de la Organización Mundial de la Salud y de la Organización Panamericana de la Salud, el medio utilizado por ella (establecimiento de lugares públicos 100% libre de tabaco) es el único medio efectivo para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud. En tal sentido, refiere que no puede considerarse a la legislación anterior como una medida alternativa, pues no era idónea para garantizar el derecho a la salud, motivo por el cual la norma supera el subprincipio de necesidad conformante del principio de proporcionalidad.

Manifiesta que la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador, tampoco es una medida idónea para proteger la salud, pues los trabajadores fumadores estarían expuestos a las consecuencias del tabaquismo no solo en los momentos en que deciden fumar, sino también los momentos en los que no pueden hacerlo por estar trabajando.

Refiere que cuando la parte demandante propone un seguro de riesgo para los trabajadores de estos establecimientos, no solo reconoce que el trabajar en estos lugares es una actividad de riesgo, sino que propone una medida que no conduce a la reducción del consumo de tabaco, ni a la protección frente a la exposición al humo de tabaco, por lo que tampoco es una medida alternativa frente a la adoptada.

Finalmente, considera que si comparamos el grado de realización de la protección del derecho a la salud y el grado de afectación de los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, puede concluirse que la medida impugnada resulta proporcional en sentido estricto.

### **§3. Argumentos de los *amici curiae***

#### **3.1 Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú**

Con fecha 17 de junio de 2011, la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, solicita ser incorporada al proceso en calidad de *amicus curiae*, presentando el Informe “Análisis jurídico sobre el proceso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley N° 28705, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29517”. Mediante resolución de fecha 22 de junio de 2011, el Tribunal Constitucional resuelve declarar procedente dicha solicitud. A continuación se transcriben las conclusiones de su Informe:

- Se reconoce el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud, como un Tratado de Derechos Humanos y, por ende, un Acuerdo que posee rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, el Tribunal Constitucional debiera considerar este instrumento para dar contenido al escueto alcance del derecho a la salud que recoge nuestra Constitución, asumiendo el tema de la epidemia que enfrenta la humanidad (el tabaquismo), definida así por este Tratado y, a partir de estos estándares, verificar la compatibilidad constitucional de la reforma de la Ley N.º 28705 por la Ley N.º 29517. De esta manera el Tribunal Constitucional debiera ratificar la constitucionalidad de las “medidas legislativas” eficaces de “protección contra la

exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados”, tal cual lo señala el artículo 8° del Convenio.

- Existe mucha información documentada en estudios muy serios que evidencian el daño a la salud por el tabaco, al punto que ha sido calificado oficialmente por la OMS y el Convenio Marco para el Control del Tabaco, como una epidemia mundial. Los Estados, en esta vía para proteger el derecho a la vida y la salud, deben diseñar y ejecutar políticas públicas articuladas con el referido Tratado, para disminuir y si fuera posible, eliminar el consumo de un producto calificado como droga y que es dañino para la salud. Para que no se admita ninguna duda sobre esto, la propia British American Tobacco Perú, reconoce que *“El uso de productos de tabaco tiene un riesgo real y serio para la salud. La única forma de evitar estos riesgos es no consumir tabaco....”*.
- Puede ser importante que el Tribunal Constitucional explore escenarios en donde busque determinar si el consumo de tabaco en condiciones de adicción implica el ejercicio de un derecho de autodeterminación, pues si el ser humano no puede controlar su voluntad por sustancias químicas que su cuerpo requiere (como sucede con todas las drogas), en estas condiciones hay que considerar *que la libertad de fumar no es libertad*. Si bien es cierto que esta es una realidad y que las personas pueden optar por drogarse y transitar ese camino, lo que no puede hacer el Estado es promover estas conductas lesivas a la vida y salud.
- El tabaquismo es una enfermedad que afecta principalmente a los pobres. Estimados de la OMS señalan que el 84% de fumadores vive en países pobres, donde la carga de enfermedades y muertes relacionadas con el tabaquismo está creciendo rápidamente. En el Perú, la población que se encuentra en situación de pobreza, destina un porcentaje de sus magros ingresos a la compra de tabaco: 9 de cada 10 hogares de bajos recursos económicos invierten más del 6% de sus ingresos en adquirir cigarrillos para su consumo.
- Las tabacaleras mantienen una política agresiva de expansión de sus mercados y el Perú es un país atractivo en la región para la industria del tabaco, pues es un país de 30 millones de habitantes, con un consumo relativamente bajo en relación a otros países (el 15% de adultos de las principales 15 ciudades del país son fumadores regulares, y que cada uno de ellos consume diariamente un aproximado de 5 cigarrillos), siendo que el reto es lograr el mayor número de consumidores. Esa es la lógica del mercado que persiguen, lo que va en contra de las políticas públicas que deben construirse para la vida y salud de las y los peruanos.
- La prohibición de fumar en lugares públicos o zonas 100% libres de humo de tabaco está siendo considerada de forma absoluta por los Estados parte del Convenio como una medida efectiva porque reduce la prevalencia de consumo de tabaco, disminuye el número promedio de cigarrillos por día y promueve la cesación. Los estudios revelan que este tipo de medidas no sólo protege a los no fumadores de la exposición al humo de tabaco, sino que también estimula a los fumadores a reducir su consumo, con lo cual se logra controlar la epidemia. Es parte de una política coherente de salud.
- No debe quedar duda alguna sobre los beneficios al derecho a la vida y a la salud, a partir de la introducción de restricciones para el hábito de fumar en lugares públicos cerrados. No es una posición paternalista de control del tabaquismo, es una posición de política pública de salud.
- Aproximadamente un tercio de los países de la Unión Europea han adoptados una legislación global a favor de ambientes libres de humo de tabaco; los efectos en cuanto a la salud pública son

inmediatos siendo que la cifra de crisis cardiacas ha disminuido en proporciones que van del 11 al 19%.

- América Latina está avanzando rápidamente en zonas libres de humo de tabaco. Similares normas a la que ha sido impugnada en el presente proceso de inconstitucionalidad existen ya en Uruguay, México, Panamá, Nicaragua, Honduras, Venezuela y Colombia.
- La instauración de zonas libres de humo de tabaco constituye la mejor solución frente a los espacios compartidos de fumadores y no fumadores, dado que está comprobado técnicamente que es muy difícil y costoso instalar equipos que eliminen efectivamente el humo de tabaco y sus partículas contaminantes. La consecuencia de ello, además de los problemas de salud, implica una salida discriminatoria contra los pequeños establecimientos que no podrían afrontar ello, afectando así la capacidad de competencia de los negocios.
- Tampoco afectan los negocios el establecimiento de lugares públicos cerrados libres de humo de tabaco. No existe lesión a la libertad de empresa, pues importantes estudios realizados en Noruega, Uruguay y EE.UU, demuestran que no hay pérdidas económicas asociadas con estas restricciones, pues en ninguno de los casos en donde se crearon espacios libres de humo de tabaco disminuyeron los ingresos del sector de servicios (específicamente en bares, restaurantes y hotelería), no reduciendo la recaudación de estas empresas.
- La mayoría de la población es no fumadora y tienen derecho a respirar un aire limpio sin los contaminantes del humo de tabaco, lo que puede lograrse cuando la ley delimita dónde se puede fumar y dónde no. Como ha sido dicho: *“El derecho de los fumadores a fumar termina cuando su conducta afecta la salud y el bienestar de los otros...”*.
- Las personas pueden optar por fumar. Ello es parte de su autodeterminación y la ley no prohíbe que lo hagan y lo que se ha dispuesto es regular una actividad lesiva de derechos y que afecta la vida y salud de las personas, minimizando los riesgos que ello representa. Esta autodeterminación para escoger una actividad lesiva, empero, no puede lesionar derechos de quienes laboran en lugares públicos; no olvidemos que los establecimientos necesitan personal que presente servicios a los clientes y éstos están expuestos a los contaminantes del humo del tabaco de modo involuntario.
- Los trabajadores de los establecimientos públicos prefieren mayoritariamente ambientes libres de humo de tabaco. Ellos no son seleccionados por ser fumadores, sino por sus habilidades, siendo que en el Perú, por el déficit de empleos existentes, las personas no pueden, por lo general, escoger su lugar de trabajo, sino que deben trabajar donde tienen la posibilidad de generarse ingresos. De esta forma, una ampliación de la Ley actual para crear centros de fumadores servidos por trabajadores “fumadores”, puede implicar afectación de derechos de estas personas, al tener que asumir un hábito o verse forzados a respirar un humo que no desean.
- Flexibilizar la reforma normativa hacia la posibilidad de establecimientos para fumadores implicaría un retroceso respecto a los avances de nuestra legislación sobre la materia y una enorme frustración a la lucha contra el tabaco en el país, amén de lesionar el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud y con ello la Constitución, pues lo que va a ocurrir en la práctica es que la totalidad de centros de distracción nocturna serán declarados por sus propios dueños como lugares aptos para fumadores, es decir, se convertirán los establecimientos públicos en

lugares para fumadores, lo que terminará afectando a quienes no son fumadores. Para evitar ello hay que tener en cuenta en el caso el principio de previsión de consecuencias.

- La prohibición de fumar en los centros educativos como lo pretende la acción es inidónea, debido a que afectaría a menores de edad que estudian en las universidades y sus centros promotores. Además, hay que tener en cuenta que desde la universidad hay que reducir la aceptabilidad social del acto de fumar y considerar que existe un factor pedagógico y de responsabilidad social que debe ser tomado en cuenta para educar y “promover hábitos de vida saludables”.

### **3.2 O’Neill Institute for National and Global Health Law, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, Campaign for Tobacco Free Kids y Alianza para el Convenio Marco**

Por su parte, con fecha 6 de julio de 2011, el *O’Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, solicitan ser incorporados al proceso en calidad de *amicus curiae*, presentando el Informe “*Amicus Curiae* en defensa de la constitucionalidad de la ley 28705 reformada mediante la ley 29517”. Mediante resolución de fecha 11 de julio de 2011, el Tribunal Constitucional resuelve declarar procedente dicha solicitud.

Refieren que, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado peruano tiene la obligación de abstenerse de realizar actos que atenten contra los derechos humanos, así como la obligación de realizar actividades positivas para asegurar que las personas no sean víctimas de violaciones a estos derechos. En ese sentido, tiene la obligación de disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas. Alegan que de acuerdo al criterio del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –establecido en virtud de la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)–, el Estado peruano debe utilizar al Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco como estándar para evaluar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho a la protección de la salud, reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sostienen que tanto la Organización Mundial de la Salud como diversos estudios técnicos sobre el particular, tienen establecido que los ambientes 100% libres de humo, es la única estrategia efectiva para reducir la exposición al humo de tabaco en espacios cerrados a niveles seguros para la protección de la salud, motivo por el cual no cabe que se permita la existencia de áreas para fumadores en los locales públicos cerrados. Asimismo, refieren que dicha medida ha reducido significativamente en diversos países el porcentaje de hospitalizaciones por ataques cardíacos.

Consideran que la propuesta de la demanda de permitir ambientes solo para fumadores en los que trabaje personal fumador, generaría la expansión de sitios en los que además de fumar se permite vender comidas o bebidas con lo que en la práctica son indiferenciables de cualquier restaurante o bar, perdiéndose el sentido de la regla que exige locales 100% libres de humo. Aducen que sería un contrasentido permitir locales solo para fumadores en los que se exija que atienda personal fumador, pues el tabaquismo es una epidemia que el Estado peruano se ha comprometido internacionalmente a combatir; además, se trataría de una medida discriminatoria contra los no fumadores en el acceso al trabajo, y se contravendrían disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo que exigen ambientes labores libres de contaminación atmosférica. Manifiestan que no existiría mérito para considerar el trabajo en lugares expuestos al humo de tabaco, como trabajo de riesgo, puesto que éste es tal cuando el carácter riesgoso es consubstancial a la actividad laboral.

Refiere que dada la importancia de los centros educativos para las estrategias de concientización y sensibilización de la población, la prohibición absoluta de que se pueda fumar en ellos, se encuentra en armonía con el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Se trata de una medida que fortalece la protección de los jóvenes contra el tabaco.

Sostienen que está probado que una ley como la cuestionada por los demandantes disminuye la exposición al humo en los hogares, ya que alienta a las personas a hacer de ellos ambientes libres de humo de tabaco.

Argumentan que las leyes de ambientes libres de humo llevan a una reducción de la tasa de fumadores con lo que se demuestra su idoneidad. Son medidas, además, necesarias, en tanto que las opciones menos restrictivas no cumplen con el fin protectorio de la salud. Consideran que el grado de afectación de los derechos en juego es mínima, en tanto no se afectan los elementos esenciales de las libertades comerciales como son la producción y venta de estos productos. Con relación a la supuesta afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, manifiestan que la incidencia sobre él es mínima, toda vez que no se prohíbe el consumo de tabaco de manera absoluta, sino que simplemente se promueven estándares de vida más saludables.

#### IV. FUNDAMENTOS

##### §1. Delimitación del petitorio

1. Los recurrentes presentan demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3° de la Ley N.º 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada. En concreto, refieren lo siguiente: “La presente demanda de inconstitucionalidad tiene por objeto cuestionar el referido artículo, **en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país**, prohibiendo de esa manera, la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores. Además, **en el extremo que prohíbe de forma absoluta, y sin excepción alguna, el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos**” (cfr. escrito de demanda, p. 2; el énfasis es del original).
2. El artículo 3° de la Ley N.º 28705, dispone lo siguiente:
  - “3.1 Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco.
  - 3.2 Se entiende por interiores o espacios públicos cerrados todo lugar de trabajo o de acceso al público que se encuentre cubierto por un techo y cerrado entre paredes, independientemente del material utilizado para el techo y de que la estructura sea permanente o temporal.
  - 3.3 El reglamento de la Ley establece las demás especificaciones de los interiores o espacios públicos cerrados”.
3. En consecuencia, una primera cuestión que se advierte, analizado detenidamente el petitorio, es que la demanda no se encuentra planteada contra la totalidad del artículo 3° de la Ley N.º 28705, sino tan solo contra determinados ámbitos de prohibición previstos en su punto 3.1. Concretamente, la demanda está planteada contra el siguiente extremo del punto 3.1 del artículo 3° de la Ley N.º 28705: “Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados (...) a la educación [y] en los espacios públicos cerrados (...), los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco”.

Asimismo, se aprecia que los demandantes no pretenden la expulsión del ordenamiento jurídico del precepto impugnado, sino que el Tribunal Constitucional interprete que allí donde el precepto prohíbe fumar “en los espacios públicos cerrados”, no se entiendan incluidos los establecimientos que sean exclusivos para fumadores; y que allí donde prohíbe fumar “en los establecimientos dedicados (...) a la educación”, no se entiendan incluidas las áreas abiertas de estos establecimientos que sean para adultos.

En definitiva, los demandantes no pretenden dejar sin efecto el precepto impugnado, sino que el Tribunal Constitucional emita una sentencia interpretativa por vía de la cual reduzca su ámbito de aplicación. ¿Es posible que en esto consista la pretensión en un proceso de inconstitucionalidad?

4. La emisión de sentencias interpretativas que reducen, amplían, sustituyen o llanamente precisan el ámbito normativo de un texto jurídico, permaneciendo éste en el ordenamiento jurídico, no es algo ajeno al quehacer de los tribunales constitucionales del mundo. De hecho, como se sabe, este Tribunal ha emitido esta clase de sentencias en más de una ocasión (cfr. SSTC 0010-2002-PI, 0006-2003-PI, 0050-2004-PI –acumulados–, 0006-2006-PI, 0002-2009-PI, entre otras). El asunto pues, no pasa por determinar si presentada una demanda de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional puede expedir una sentencia interpretativa (lo cual, por imperativo de diversos principios constitucionales, entre los que destacan el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes y el deber de interpretarlas de conformidad con la Constitución, es claramente posible –cfr. STC 0030-2005-PI, FF. JJ. 50 a 61–), sino en determinar si puede ser ése el objeto de la pretensión en un proceso de inconstitucionalidad.
5. El artículo 75° del Código Procesal Constitucional (CPCo.), establece que el proceso de inconstitucionalidad tiene por finalidad “la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa” en las que incurran normas con rango de ley, precisando que, entre otras clases, dicha infracción puede ser “total o parcial”. Desde el punto de vista del texto de la disposición impugnada, ésta incurre en una infracción parcial de la Constitución cuando solo algunas de sus palabras generan el vicio de inconstitucionalidad, de forma tal que luego de emitida la sentencia, la disposición queda redactada solo con las palabras restantes. Desde el punto de vista de los sentidos interpretativos de la disposición impugnada, ésta incurre en una infracción parcial de la Constitución cuando solo algunos de tales sentidos interpretativos resultan inconstitucionales, de forma tal que luego de emitida la sentencia, la disposición no puede ser interpretada en los sentidos que a juicio del Tribunal Constitucional resultan inválidos. Por su parte, la infracción total exige que la disposición controlada sea expulsada del ordenamiento jurídico, por no existir modo constitucional de interpretarla de conformidad con la Norma Fundamental.
6. De otro lado, cabe interpretar que cuando el artículo 81° del CPCo., establece que “[l]as sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian”, por “normas” no se debe entender solamente el texto de los preceptos impugnados, sino, eventualmente, determinados sentidos interpretativos a ellos atribuibles, de forma tal que lo que queda “sin efecto” no necesariamente es el texto de la disposición impugnada, sino tan solo algunos de sus sentidos interpretativos. De hecho, como quedó dicho, es ello lo que suele ocurrir cuando el Tribunal Constitucional emite una sentencia interpretativa.
7. Los preceptos analizados (75° y 81° del CPCo.) permitirían sostener que no se encuentra absolutamente proscrita la posibilidad de que el objeto de la pretensión en un proceso de inconstitucionalidad consista en la emisión de una sentencia interpretativa; *máxime* si se toma en cuenta que, dada la calidad de supremo intérprete de la Constitución del Tribunal Constitucional

(artículo 1° de la Ley N.º28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–) y de conformidad con el artículo 82° del CPCo., sus interpretaciones resultarían vinculantes para todos los poderes públicos, lo cual contribuiría a dotar de predictibilidad a la aplicación del sistema jurídico.

8. Empero, el Tribunal Constitucional considera que dicha posibilidad resulta claramente excepcional. La razón de ello estriba, fundamentalmente, en que en el marco de un proceso de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional ostenta el monopolio de la competencia para expulsar del ordenamiento jurídico los preceptos con rango de ley que se juzgan inconstitucionales, más no para interpretarlos de conformidad con la Constitución. Esta última es una competencia que *in suo ordine* ejercen todos los poderes públicos. En consecuencia, pretender que el proceso de inconstitucionalidad se convierta en un proceso orientado, por antonomasia, a interpretar una disposición con rango de ley de conformidad con la Constitución, sin la procura, en definitiva, de que sea expulsada del ordenamiento jurídico, significaría desvirtuar la finalidad última para la que ha sido concebido, exigiendo a este Tribunal el ejercicio de una competencia que, en estricto, puede (y debe) ejercer cualquier órgano del Estado en el desarrollo de sus respectivas funciones. Dicho de otra manera, asumir como regla la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional para solicitarle el ejercicio de una labor hermenéutica que cualquier poder público debe ejercer, es a todas luces un despropósito.
9. Ahora bien, también es verdad que en extraordinarias ocasiones puede suceder que el resultado interpretativo que se espera lograr a partir del deber de interpretar la disposición de conformidad con la Constitución, sea consecuencia de una labor hermenéutica altamente compleja, difícilmente esperable en el ejercicio de las cotidianas competencias de los poderes públicos. Ello sucede, singularmente, cuando lo que se busca es que el resultado de la interpretación de una disposición de conformidad con la Constitución, sea que se exceptúe su aplicación a supuestos de hecho (casos individuales) que, *prima facie*, a partir de su análisis literal, se encuentran nítidamente comprendidos en su supuesto normativo (caso genérico). Debe reconocerse que sobretodo en un sistema jurídico de tradición romano germánica como el nuestro, la tendencia a interpretar de modo definitivo las normas conforme a su sentido literal, cuando *prima facie* se observa que éste es compatible con la Norma Fundamental, se encuentra ampliamente institucionalizada.
10. No obstante, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, así como su máxima indeterminación, puede generar que, en ciertas ocasiones, deban establecerse interpretativamente excepciones a la aplicación de las leyes, incluso a supuestos que semánticamente ingresan en su ámbito normativo.

Se trata, no obstante, como se ha señalado, de situaciones extraordinarias, que exigen una operación hermenéutica no ortodoxa, aunque constitucionalmente exigible, de difícil pronóstico en el ámbito de acción de los poderes públicos ordinarios y que, por consiguiente, justifican, de modo excepcional, la presentación de una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

11. Este Tribunal aprecia que en el presente caso se cumple esta *sui generis* situación. En efecto, los demandantes solicitan que por vía interpretativa el Tribunal exceptúe la aplicación del artículo 3.1 de la Ley N.º 28705, a supuestos concretos que, sobre la base de un análisis literal, ingresan en los supuestos genéricos recogidos en su mandato prohibitivo. Así, como quedó dicho *supra*, pretenden que el Tribunal Constitucional interprete que allí donde el precepto prohíbe fumar “en los espacios públicos cerrados”, no se entiendan incluidos los establecimientos que sean exclusivos para fumadores (que son “espacios públicos cerrados”); y que allí donde prohíbe fumar “en los

establecimientos dedicados (...) a la educación”, no se entiendan incluidas las áreas abiertas de estos establecimientos que sean para adultos (es decir, áreas que están dentro de “los establecimientos dedicados (...) a la educación”).

12. En consecuencia, sobre la base de las consideraciones expuestas, este Tribunal, de modo excepcional, considera que existe mérito para ingresar a valorar el fondo de la cuestión planteada, en el entendido de que ésta se circunscribe a cuestionar la constitucionalidad de dos sentidos interpretativos que derivan del texto “Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados (...) a la educación [y] en los espacios públicos cerrados (...), los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco” del artículo 3° de la Ley N.º 28705. Tales sentidos interpretativos son los siguientes: **a) Prohíbese la creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores; y b) Prohíbese fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos.** Ateniéndose estrictamente al petitorio de la demanda, **el objeto de control en este proceso está constituido por estas dos normas. Por consiguiente, será sobre ellas que recaerá el juicio de constitucionalidad en este proceso.**

## **§2. Fumar ¿forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad?**

13. Tanto los demandantes como el Procurador del Congreso de la República, coinciden en señalar que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, restringen el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad. En efecto, en la demanda se sostiene que ello **“afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que se les impide actuar su libertad de fumar, aún cuando ello no afecta de ninguna manera los derechos de los no fumadores”** (cfr. escrito de demanda, pp. 20 - 21; el énfasis es del original). Por su parte, el Procurador del Congreso, sostiene que **“[e]stas restricciones han sido impuestas teniendo en consideración que el ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no está exento de límites. (...). [E]l derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, como todo derecho, no es absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 34 y 35; el énfasis es del original).

Por cierto, también la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, apersonada en calidad de *amicus curiae*, parece compartir este criterio: “Las personas pueden optar por fumar. Ello es parte de su autodeterminación” (cfr. Informe “Análisis jurídico sobre el proceso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley N° 28705, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29517”, p. 50).

14. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que asumir que fumar es una actividad que se encuentra comprendida dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad, no es algo que pueda darse fácilmente por sobreentendido, por lo que es de recibo analizar si se trata de una posición constitucionalmente correcta.
15. El asunto puede ser planteado en estos términos: el ámbito *iusfundamental* de la Constitución que puede ser limitado por el legislador solo de manera constitucionalmente justificada, ¿está

circunscrito a los derechos y libertades que derivan de los específicos mandatos de la Constitución o existe un derecho general de libertad fundamental según el cual todo lo que la Constitución no prohíbe se encuentra constitucionalmente autorizado y protegido, y, en consecuencia, el legislador solo puede limitarlo de manera razonable y proporcional?

Esta interrogante encierra dos posiciones en las que, a su vez, como bien afirma Luis Prieto, “laten dos formas distintas de concebir las relaciones entre el individuo y la comunidad política, es decir, dos filosofías políticas diferentes. La primera (...) entiende que el poder político puede hacer[] todo [lo que no esté jurídicamente prohibido] sin necesidad de invocar en su favor ninguna justificación especial, de modo que la libertad de los ciudadanos ha de desenvolverse en el ámbito (...) que no ha sido objeto de un mandato o de una prohibición (...). La segunda (...) sostiene que el hombre es naturalmente libre y que debe seguir siéndolo jurídicamente, de modo que los sacrificios que puedan imponerse a esa libertad deben contar con alguna justificación” (cfr. Prieto, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 251 – 252). Como se sustentará a continuación, la segunda posición es el sustento axiológico del constitucionalismo moderno, en general, y de la Constitución peruana de 1993, en particular.

16. En efecto, el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993, hunde sus raíces en la ideología que, con sus respectivos matices, identificó a las revoluciones liberales norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII. De hecho, los rasgos esenciales que compartía el liberalismo político de ambas revoluciones ha llevado a algunos a plantear, no de manera pacífica, la existencia en ese contexto de una “revolución atlántica” (cfr. Godechot, Jacques, “Revolución Francesa o Revolución Atlántica”, en M. J. Villaverde – compilador–, *Alcance y legado de la Revolución Francesa*, traducción de M. J. Lasaosa, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, pp. 109 – 115).
17. Dicho fundamento está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado.
18. Quizá la mejor manera de apreciar la fuerza axiológica de este fundamento sea recordando algunos enunciados de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. (...)” (artículo 1º); “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro; por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites solo pueden ser determinados por la ley” (artículo 4º); “La ley solo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene” (artículo 5º).

Se parte pues de la premisa de que el respeto por la libertad natural del ser humano, debe ser el fundamento principal de todo sistema jurídico, de forma tal que el Estado debe proteger ese espacio amplio y esencial de autonomía moral, a menos que, al ejercerse, se afecte el respectivo ámbito de libertad de otro ser humano.

19. En el Estado Constitucional, la aludida libertad natural se traduce en una libertad jurídica protegida constitucionalmente, de forma tal que todo acto orientado a limitarla debe, de modo obligatorio, encontrarse constitucionalmente justificado. Este principio medular encuentra expresión en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, conforme al cual “[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; aunque, como se ha dicho, tal obligación o prohibición legal sobre el ejercicio de la libertad, no puede ser cualquiera, sino solo aquélla que encuentre sustento en los propios valores constitucionales.
20. Desde luego, ello no permite afirmar que la Constitución determina en tal medida la acción del legislador que pasa a ser algo así como un “un huevo jurídico originario” del que todo surge, “desde el Código Penal, hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros”, como irónicamente sostuvo en su momento Ernst Forsthoff (cfr. *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 242). Lo que se sostiene, simplemente, es que manteniendo el legislador un amplio margen de libre configuración legal, éste encuentra en el contenido protegido de los derechos fundamentales y, más ampliamente, en la libertad *iusfundamental* general del ser humano, un límite *prima facie* que obliga a la acción legislativa a expresarse en términos constitucionalmente razonables y proporcionados.
21. A juicio del Tribunal Constitucional, sin perder de vista ese principio rector reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, existe un derecho subjetivo fundamental que cobija en su contenido constitucionalmente protegido esta libertad general *iusfundamental*.

Tal derecho, como bien lo han advertido las partes de este proceso, es el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aunque en anterior jurisprudencia este Tribunal ha sostenido que éste es un derecho innominado y que, consecuentemente, encontraría su fundamento en el artículo 3º de la Constitución (cfr. STC 0007-2006-PI, F. J. 47), analizadas con mayor detenimiento las cosas, la manifiesta indeterminación de esta cláusula, aconseja a la jurisdicción constitucional –en razón de su carencia de legitimidad democrática directa– a no acudir a ella, a menos que el derecho fundamental cuya esencialidad ética es indiscutida y que es necesario proteger, no derive razonablemente de la semántica de los derechos expresamente enumerados por la Norma Fundamental. Y es que si es posible establecer esta razonable relación, la interpretación constitucional que da cuenta de la existencia jurídica del respectivo derecho fundamental, gozará, además, de un mayor margen de legitimidad democrática al encontrar como fuente directa la expresa mención de un derecho por parte del Poder Constituyente en la Norma Fundamental.

En otros términos, tal como en anterior ocasión ha dejado establecido este Tribunal, “en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos ‘no enumerados’ y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3º de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita” (cfr. STC 0895-2001-PA, F. J. 5).

22. Así las cosas, el Tribunal Constitucional, tal como quedó establecido en la STC 2868-2004-PA, F. J. 14, considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho “a su libre

desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

Como bien se afirmó en la citada sentencia, “[e]l derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.” (F. J. 14).

23. En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano –en torno a cuya protección se instituye aquél ente artificial denominado Estado– se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales.

De esta manera, esta cláusula general de libertad “viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría truncada en favor de la autoridad”, pues lo que exige “es que el conflicto entre la libertad y el deber se formule precisamente en términos de conflicto constitucional, lo que debe obligar a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora. Sin duda, esto no elimina un amplio margen de discrecionalidad, pero sí intenta eliminar la arbitrariedad” (cfr. Prieto, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 259).

24. En consecuencia, el acto de fumar en tanto manifestación de libertad ejercida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida de que sea respetuoso del principio de proporcionalidad.
25. En tal sentido, la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, en tanto restricciones a la libertad de fumar, constituyen, a su vez, restricciones al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Siendo ello así, tales prohibiciones solo resultarán constitucionales en la medida de que sean respetuosas del principio de proporcionalidad.

**§3. La prohibición de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores ¿limita los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa?**

26. Los demandantes afirman además que **“[l]a NORMA CUESTIONADA afecta de manera manifiesta los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, toda vez que establece una prohibición absoluta de contar con establecimientos exclusivos para fumadores, sin que exista una razón objetiva de por medio”** (cfr. escrito de demanda, p. 25; el énfasis es del original). Por su parte, el Procurador del Congreso no ha rechazado la tesis de que la prohibición de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores limite las referidas libertades. Sin embargo, sostiene que ellas “no se ejercen de manera irrestricta”, puesto que **“el ejercicio de la libre iniciativa privada no debe atentar contra ‘los intereses generales de la comunidad’, mientras que el ejercicio de la libertad de empresa no debe poner en riesgo la salud de las personas”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 42 y 43; el énfasis es del original).
27. La prohibición de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores, en efecto, constituye un límite a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada. Ello en la medida de que este Colegiado ha sostenido que “cuando el artículo 59.º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad (...)” (cfr. STC 3116-2009-PA, F. J. 9).
28. Empero, que la referida prohibición limite la libertad de empresa no significa necesariamente que sea inconstitucional, puesto que, tal como se ha referido en uniforme y reiterada jurisprudencia, en el Estado Constitucional, ningún derecho o libertad es absoluto. De hecho, tal como se sostuvo en la STC 0008-2003-PI, “[l]a iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia” (F. J. 18). En sentido similar, este Tribunal ha sostenido que “[c]uando el artículo 59 de la Constitución señala que el ejercicio de la libertad de empresa ‘no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas’, no está haciendo otra cosa que precisar los límites dentro de los cuales este derecho es ejercido de acuerdo a ley. Claro está que estos límites son enunciativos y no taxativos, pues la protección correcta debe surgir de un principio constitucional como es la dignidad de la persona humana, el mismo que se encuentra recogido en los artículos 1 y 3 de la Constitución (...). Así, el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente” (STC 3330-2004-PA, F. J. 32).
29. Establecido que la prohibición de que existan locales públicos cerrados solamente para fumadores, constituye una restricción a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada, tal restricción solo resultará constitucional en la medida de que resulte respetuosa del principio de proporcionalidad.

30. Hasta aquí, ha quedado establecido que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, derivadas del texto “Prohíbese fumar en los establecimientos dedicados (...) a la educación [y] en los espacios públicos cerrados” del artículo 3° de la Ley N.º28705, constituyen un límite a la libertad de fumar, y, por ende, un límite al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, ha quedado establecido que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores, limita la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. *Ergo*, dichas prohibiciones solo resultarán válidas en tanto superen el *test* de proporcionalidad, es decir, en la medida de que a) persigan una finalidad constitucionalmente válida, b) resulten idóneas para alcanzarla, c) sean necesarias, y, además, d) estrictamente proporcionadas.

#### **§4. ¿Qué finalidades persiguen las prohibiciones de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores y de que se pueda fumar en las áreas abiertas de los centros educativos solo para adultos?**

31. Así las cosas, corresponde, en primer término, analizar cuál es la finalidad que persiguen las referidas prohibiciones.

En relación con ello, los demandantes sostienen, en primer lugar, que ellas no pueden tener como finalidad “la eliminación de los tóxicos del tabaco, en tanto que el consumo de tóxicos sociales, como lo es el tabaco, se encuentra expresamente permitido por el artículo 8° de nuestra Constitución Política” (cfr. escrito de demanda, p. 28). Sobre ello, el Procurador del Congreso, sostiene lo siguiente: “Efectivamente, la Constitución no establece la prohibición de fumar. Sobre el particular, sólo señala que el Estado ‘regula el uso de los tóxicos sociales’. Pero es preciso indicar que esta regulación debe efectuarse teniendo en cuenta las consecuencias del consumo del tabaco” (cfr. escrito de contestación de la demanda, p. 27).

32. Plantear la finalidad de la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, en términos de la búsqueda de la “eliminación” del tabaco, es tanto como plantear que el acto prohibido por tales medidas es llanamente fumar y no más bien fumar bajo ciertas condiciones. De hecho, en determinados pasajes de la demanda, los demandantes han planteado el asunto como si se tratase de una prohibición absoluta: **“el artículo 8° de la Constitución se limitaba a establecer un mandato de regulación, pero en ningún caso pretendió introducir un supuesto de prohibición. (...) [L]o dispuesto por el artículo 8° de la vigente Constitución, se limita a ratificar la potestad del Estado de establecer restricciones al uso del tabaco, sin imponer prohibiciones absolutas”** (cfr. escrito de demanda, p. 14; el énfasis es del original). Sobre el particular, refiere lo siguiente el Procurador del Congreso: **“Dentro de las medidas relacionadas con el control del tabaco que forman parte de la referida ley, se encuentra el artículo impugnado, el cual no establece una ‘prohibición absoluta’ al consumo de tabaco, tal como sostiene la parte demandante. En efecto, dicho artículo sólo establece la prohibición de fumar en determinados lugares como los establecimientos dedicados (...) a la educación [y] los espacios públicos cerrados”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 28 – 29).

33. A juicio del Tribunal Constitucional, las prohibiciones impugnadas, tal como lo ha sostenido el Procurador del Congreso, no prohíben el acto de fumar de modo absoluto. De ahí que plantear que su finalidad consista en “eliminar” el tabaco, tal como lo hacen los demandantes, es erróneo. Y si

no es ésta la finalidad perseguida por la norma cuestionada, resulta inocuo, en el marco de esta causa, que el Tribunal Constitucional ingrese a analizar si resulta o no constitucionalmente válido que se interprete el artículo 8° de la Constitución –en cuanto dispone que el Estado “regula el uso de los tóxicos sociales”– en el sentido de que el legislador está facultado para prohibir de manera absoluta fumar. Dicho de otra manera, si ni siquiera es ésta la finalidad de las medidas adoptadas, menos aún tiene lugar analizar si ella resulta constitucional o no.

34. De otro lado, los demandantes sostienen que “el fundamento central de la NORMA CUESTIONADA es proteger el derecho a la salud de los no fumadores, reconocido por el artículo 7° de la Constitución” (cfr. escrito de demanda, p. 28). Por su parte, el Procurador del Congreso, sostiene lo siguiente: **“el fin constitucionalmente legítimo de la medida utilizada es garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pero no sólo de los no fumadores, como lo entiende la parte demandante, sino también de los fumadores”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, p. 45; el énfasis es del original). No obstante, la constitucionalidad de esta tesis (que el fin sea también resguardar la salud de los propios fumadores), ha sido expresamente rechazada por los demandantes: “puede justificarse una restricción a los derechos de las personas fumadoras cuando su ejercicio afecta los derechos de las personas no fumadoras. Sin embargo, ello no tiene asidero cuando las personas fumadoras deciden libremente concurrir a un lugar al que sólo asisten –igualmente, por decisión voluntaria– otras personas fumadoras. En este supuesto, no se afectan derechos de los no fumadores y por tanto una intervención del Estado carece de justificación, de lo contrario el Estado estaría imponiendo una conducta que se estima ‘positiva’ –no fumar– negando la decisión voluntaria de adoptar una conducta distinta, o lo que es igual la autonomía que se ha reconocido” (cfr. escrito de demanda, p. 22; el énfasis es del original).
35. A juicio del Tribunal Constitucional, es notorio que el ámbito normativo del artículo 3° de la Ley N.º 28705 que, de acuerdo al planteamiento de los propios demandantes, se juzga inconstitucional –a saber, que se encuentre prohibida la creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos–, no persigue proteger (cuando menos no de manera directa e inmediata) el derecho a la salud de los no fumadores. Por lo demás, en la hipótesis de que así fuese, tales prohibiciones resultarían inadecuadas para la consecución de tal finalidad, por lo que resultarían inconstitucionales. En otras palabras, si el ámbito normativo de prohibición cuestionado en esta causa persiguiese dicho fin, el Tribunal Constitucional debiera estimar la demanda, acogiendo el criterio de los demandantes en el sentido de que **“afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que se les impide actuar su libertad de fumar, aún cuando ello no afecte de ninguna manera los derechos de los no fumadores.** En efecto, (...) la NORMA CUESTIONADA prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco en locales públicos cerrados, sin perjuicio que estos se encuentren destinados exclusivamente a fumadores (y donde labore personal fumador). Y además, prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco inclusive en la áreas abiertas de los establecimientos educativos exclusivos para adultos; aun cuando ambas opciones no afectan de ninguna manera los derechos fundamentales de los no fumadores” (cfr. escrito de demanda, pp. 20 – 21; el énfasis es del original).
36. Ocurre, no obstante, que, según ha quedado dicho, no es ésta la finalidad del ámbito normativo cuestionado. Tal finalidad, en primer término, consiste en reducir el consumo de tabaco (finalidad inmediata) para proteger la salud de los propios fumadores (primera finalidad mediata). ¿Es ésta (proteger la salud de los propios fumadores) una finalidad constitucionalmente válida? A responder esta interrogante se dedicará el siguiente acápite (§5). Antes de ello debe precisarse que no es ésta

la única finalidad mediata de las prohibiciones, sino también evitar los altos costos institucionales a que da lugar la atención sanitaria por los graves problemas de salud que el consumo de tabaco ocasiona.

37. Sobre el particular, es preciso tomar en consideración que de acuerdo a un análisis realizado por la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica (COLAT), anualmente, el Estado pierde 2 mil 400 millones de dólares en atención de casos de cáncer y males cardiacos, entre otras enfermedades, producidas por el consumo de tabaco. El cálculo se hizo en base al presupuesto en salud y al sueldo mínimo legal que perciben los trabajadores al mes, parte del cual se gasta en consumo de cigarrillos. El cálculo de la pérdida generada alcanzó la referida cifra, a pesar de que no se consideró el gasto en tratamientos de otras enfermedades vinculadas con el tabaquismo, que afecta otros órganos del cuerpo como el pulmón, la lengua, el estómago, la piel, los ojos, entre otros (cfr. <http://elcomercio.pe/lima/416589/noticia-duro-costos-cigarrillos-estado-pierde-us-2-mil-400-millones-fumadores>).
38. En esa línea, es necesario tomar en cuenta también los siguientes datos contenidos en la *Guía Nacional de Abordaje Técnico al Tabaquismo, Perú 2010*, elaborada con los aportes técnicos de las siguientes instituciones: el Colegio Médico del Perú, la Sociedad Peruana de Neumología de Perú, la Sociedad Peruana de Cardiología, la Sociedad de Oncología Médica de Perú, la Asociación Psiquiátrica Peruana, el Centro de Información y la Educación para la Prevención del Abuso de Drogas (CEDRO) y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica (COLAT):

“Uno de los grandes problemas de salud pública en el mundo es el consumo de tabaco, su adicción se la denomina tabaquismo; se ha estimado que uno de cada 8 muertes están asociadas al consumo de tabaco, se ha estimado que cerca de 100 millones de personas murieron a causa del tabaquismo durante el siglo XX y se estima que para el año 2030 el tabaco podría ser responsable de 10 millones de muertes al año en el mundo. Otro dato estadístico llamativo es que el consumo permanente del cigarrillo se asocia a la muerte de cerca de un 50% de los fumadores crónicos. En el Perú el tabaco es la segunda droga más consumida después del alcohol, su continuo consumo se la ha asociado a ser la causante de diversos tipos de cáncer en el hombre y la mujer, como son el cáncer del pulmón, cavidad oral, entre otros numerosos males respiratorios crónicos. Los fumadores tienen mayor probabilidad de faltar más días al trabajo por enfermedad, y de morir en sus años más productivos, dejando a sus familias sin fuentes de ingresos.

Se conoce que el humo del tabaco contiene más de 4.000 compuestos químicos, de los cuales 60 son cancerígenos, existiendo además otros 16 cancerígenos en el tabaco sin quemar. El Banco Mundial ha indicado que el tabaco consume los recursos de la economía mundial a razón de 200.000 millones de dólares anuales” (p. 3).

39. En tal sentido, la prohibición de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, procurando reducir el consumo de tabaco, tiene también como finalidad última reducir los altos costos que genera para el Estado la atención médica de las enfermedades que el referido consumo causa al fumador, cuyos montos bien podrían encontrarse destinados a cumplir el deber primordial del Estado de “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” (artículo 44° de la Constitución).
40. Podría ensayarse un cuestionamiento a la validez de esta última finalidad, argumentando que dado que el fumar forma parte del libre desarrollo de la personalidad, el Estado tiene el deber de incurrir en los referidos costos sanitarios, sin adoptar medidas para evitarlos o reducirlos. Este cuestionamiento, no obstante, incurriría en un claro error, puesto que las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad que el Estado está obligado a proteger y promover,

son aquéllas necesarias para la cobertura de necesidades básicas para el ejercicio de su autonomía moral (bienes primarios), mas no las manifestaciones de ésta que se reduzcan a cubrir los intereses o placeres de la persona que no son consustanciales para su plan vital (bienes secundarios). De hecho, la dañosidad objetiva de muchas de estas manifestaciones –no solo para quien las realiza, sino, a veces también, indirectamente, para terceros– si bien *prima facie* no podrían ser prohibidas de modo absoluto a efectos de no afectar el contenido esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sí pueden ser abiertamente desmotivadas por el Estado.

41. Por ello, una cosa es reconocer que presentada la demanda de atención médica originada por el consumo de tabaco, en aplicación del artículo 7º de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de protección de la salud, el Estado tiene el deber de atenderla, y otra, muy distinta, sostener que el Estado no tiene la prerrogativa de adoptar todas las medidas que sean necesarias para reducir significativamente los costos que genera una conducta que, por vía indirecta, está reduciendo la capacidad del Estado de cumplir con su esencial deber de proteger y garantizar los derechos fundamentales de toda la población (artículo 44º de la Constitución).
42. En consecuencia, la finalidad de reducir los costos sanitarios que genera el tratamiento de las enfermedades producidas por el tabaco, por vía de reducir significativamente su consumo, a través de las prohibiciones de que existan espacios públicos cerrados solo para fumadores y de que se fume en las áreas abiertas de los centros educativos solo para adultos, es constitucionalmente válida. Pero, limitar el acto de fumar teniendo como finalidad proteger la salud del propio consumidor de tabaco, ¿es una finalidad constitucionalmente válida? La respuesta a esta pregunta es tratada en el siguiente acápite.

#### **§5. Limitar el acto de fumar teniendo como finalidad proteger la salud del propio consumidor de tabaco ¿es una finalidad constitucionalmente válida?**

43. Tal como quedó dicho *supra*, los demandantes consideran que la respuesta a esta interrogante debe ser negativa; tal finalidad, a su juicio, debe ser vista como sencillamente “inaceptable, pues constituye una típica medida paternalista” (cfr. escrito de fecha 6 de julio, p. 16). Su posición parece tener sustento en un principio básico de respeto por la autonomía moral del ser humano, planteado en estos términos por Stuart Mill:

“[L]a única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo” (cfr. Mill, Stuart, *Sobre la libertad* [1859], traducción de Pablo de Azcárate, con prólogo de I. Berlin, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 65).

44. Desde este enfoque se sostiene que en el Estado Constitucional está proscrita toda forma de paternalismo jurídico, en tanto afecta la autonomía moral y la libertad de elección del ser humano. Quizá la definición de “medida paternalista” más influyente continúa siendo la de Gerald Dworkin, quien afirma que ella consiste en “la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada” (cfr. Dworkin, Gerald, “Paternalismo”, en J. Betegón y J. R. de Páramo (directores), *Derecho y Moral*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 148).

45. En efecto, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), y de los derechos fundamentales a las libertades de conciencia (artículo 2º, inciso 3, de la Constitución), expresión, opinión y difusión del pensamiento (artículo 2º, inciso 4, de la Constitución), subyace una regla prohibitiva, en virtud de la cual, a menos que pueda resultar de manera manifiesta afectado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de terceras personas, no cabe que el Estado limite la libertad de elección y acción de las personas, con el objetivo de lograr su propio bienestar, bajo el argumento de una supuesta formación y ejecución irracional de la voluntad. Dicha limitación constituiría una seria afectación a la autonomía moral del ser humano, subrogando el Estado su propio criterio acerca de la racionalidad al criterio que el ser humano debe ser libre de forjar y ejecutar al amparo de la construcción de su propio plan de vida.
46. La persona humana debe gozar del mayor grado de libertad posible en la construcción y ejecución de su propio proyecto de vida y de la satisfacción de sus propios intereses, aún cuando éstos puedan resultar irracionales para una amplia mayoría social, pues incluso el error propio (cometido a veces a expensas de altos costos personales, tanto materiales como espirituales), es fundamental para la maduración de las ideas y de las acciones futuras, cuyo libre flujo es de singular importancia en el ámbito de una sociedad democrática. Por ello, con razón se ha mencionado que en el Estado Constitucional es esencial el reconocimiento del derecho “a equivocarse” (cfr. Waldron, Jeremy, “A right to do wrong”, en *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, 1993, pp. 63 – 87).
47. No cabe olvidar, por lo demás, que fuera de la manifiesta violación de los derechos fundamentales, el criterio de lo racional o irracional no pasa a ser más que un punto de vista, motivo por el cual todo ser humano tiene el derecho y la esperanza de, por vía de la deliberación respetuosa y tolerante, ver convertidas sus convicciones minoritarias actuales, en las convicciones de una mayoría del mañana. Después de todo, como bien afirmara Oliver Wendell Holmes en uno de sus famosos votos singulares, "la mejor prueba de la verdad es la facultad del pensamiento de hacerse aceptar en la competencia del mercado" (cfr. voto singular en *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 –1919–).
48. Pero no solo ello. El libre desarrollo de la personalidad y las libertades de conciencia, opinión y expresión, son las vertientes subjetivas a través de las cuales se garantiza el pluralismo como valor democrático, cuyas diversas manifestaciones a nivel social se encuentran garantizadas constitucionalmente. Así, se reconoce y protege un pluralismo cultural, en tanto el artículo 2º, inciso 19, de la Constitución, establece que toda persona tiene derecho “[a] su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”; se reconoce un pluralismo social, manifestado, entre otros aspectos, en la exigencia de una pluralidad educativa que respete el multilingüismo y la diversidad cultural, pero que, a su vez, fomente la integración nacional (artículo 17º de la Constitución); un pluralismo político, al promoverse y garantizarse la libre participación en los asuntos públicos y en los procesos electorales (artículos 2º, inciso 17, 30º, 32º y 35º de la Constitución; y un pluralismo económico, conforme lo señala expresamente el artículo 60º de la Constitución.
49. La garantía del pluralismo es la manera cómo las sociedades democráticas se ponen a buen recaudo de la aparición de algo así como una “tiranía de los valores”, conforme a la cual una mayoría poderosa, bajo el argumento de haber descubierto una supuesta verdad dogmática, sojuzga el pensamiento y la acción de una minoría que se aparta de ella, la cual, por vías pacíficas y democráticas, busca canalizar sus dudas hacia esa verdad aparente, tentado su reexamen en una

relación dialógica. En el Estado Constitucional es pues fundamental instaurar algo así como una “ética de la duda” ejercida al amparo del libre desenvolvimiento de la personalidad y del pensamiento, puesto que en realidad “la duda contiene (...) un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: ‘¿Será realmente verdad?’ (...)”. La ética de la duda no significa en absoluto sustraerse a la llamada de lo verdadero, de lo justo, de lo bueno o de lo bello, sino justamente intentar responder a esa llamada en libertad y responsabilidad hacia uno mismo y hacia los demás” (cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la ética de la verdad*, traducción de Álvaro Núñez Vaquero, Trotta, Madrid, 2010, pp. 9 – 10).

50. Ahora bien, establecido que una de las reglas que subyace al reconocimiento de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a las libertades de conciencia y expresión, es la imposibilidad de que el Estado instaure medidas jurídicas paternalistas, es preciso destacar que dicha regla, como todas en el Estado Constitucional, no es absoluta, sino *prima facie*. Y es que tal como ha referido Francisco Laporta, es posible convenir en “supuestos en que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria” (cfr. *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México D. F., 1993, p. 54), o, como dice Ernesto Garzón Valdés, en que ella puede llegar a tener “un elevado grado de plausibilidad” (cfr. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?, en *Doxa*, N.º 5, 1998, p. 156), o, en palabras de Carlos S. Nino, en que ella se encuentra “ampliamente justificada...” (cfr. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2da. edición, 2da. reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 414). Es decir, bajo ciertas circunstancias excepcionales, los poderes públicos pueden adoptar medidas que limiten el libre desarrollo de la personalidad, teniendo como exclusiva finalidad el bien de la propia persona limitada en su libertad.

Es importante tener en cuenta que una cosa es el paternalismo jurídico, y otra, distinta, el perfeccionismo o moralismo legal. El paternalismo, como se ha dicho, impone la adopción de ciertas conductas por el bien de la propia persona coaccionada, alegando que, en caso contrario, ella se auto-generará de manera cierta o razonablemente cierta, un daño objetivo a sus propios derechos fundamentales, limitando la posibilidad del ejercicio de su autonomía moral. Por el contrario, el moralismo legal o perfeccionismo, coacciona a la persona para que ésta, supuestamente por su propio bien, se adecúe a un concreto ideal de vida o patrón de excelencia humana, que la mayoría social considera moralmente virtuoso. Así, tal como refiere Carlos S. Nino, “el perfeccionismo debe ser cuidadosamente distinguido del paternalismo estatal, que no consiste en imponer ideales personales o planes de vida, que los individuos no han elegido, sino en imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente” (cfr. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, ob. cit., p. 414). Desde luego, dado que el Estado Constitucional tiene como unos de sus principales valores fundamentales a la libertad, a la autodeterminación y al pluralismo, toda medida perfeccionista se encuentra proscrita, pero no necesariamente sucede ello con las medidas paternalistas, las cuales, como quedó dicho, pueden encontrarse justificadas bajo ciertas circunstancias excepcionales. ¿Cuáles son esas circunstancias? A responder tal interrogante se dirigen los siguientes fundamentos, precisándose, desde ya, que no se pretende hacer un listado exhaustivo de ellas, sino tan solo dar cuenta de aquéllas que de modo más evidente justifican la adopción de una medida paternalista.

51. En primer término, no es posible que en ejercicio de su autonomía el ser humano renuncie o anule dicha autonomía. En otras palabras, no cabe que en ejercicio de su libertad el ser humano

desconozca su condición de fin en sí mismo, para obligarse a ser exclusivo objeto o medio para la consecución de fines ajenos. En una frase, no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad.

52. Es de recibo recordar aquí que pocos años antes de la Revolución francesa, en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Immanuel Kant, había expresado de modo más completo –sin reducirlos solo a la autonomía moral o libertad– los valores últimos del racionalismo ilustrado que le abría paso a los ideales liberales que son base axiológica del constitucionalismo actual. Dichos valores –que, en conjunto, daban forma al denominado *imperativo categórico*–, son la igualdad formal, es decir, el imperativo de la universalidad, que ordena al ser humano obrar de modo que quisiera ver convertidas en leyes universales las máximas de su conducta; la dignidad, es decir, el imperativo de los fines, que ordena nunca tratar a un ser humano solo como simple medio, sino como un fin en sí mismo; y la libertad, es decir, el imperativo de la autonomía, que ordena no afectar la voluntad de un ser humano ejercida de modo tal que no violente la voluntad ajena. Todos estos valores, a juicio de Kant, son expresivos de una misma ley moral; es decir, se trata de “tres... maneras de representar el principio de la moralidad”, siendo “en el fondo, otras tantas fórmulas de una y la misma ley, cada una de las cuales contiene en sí a las otras” (cfr. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 4ta. edición, traducción de M. García Morente, Epasa-Calpe, Madrid, 1973, p. 94).
53. De esta manera, la dignidad reconocida en el artículo 1º de la Constitución, cuya defensa y respeto “son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, no se reduce a la protección de la autonomía moral del ser humano, sino que ella es consecuencia del previo reconocimiento de su condición de fin en sí mismo, por lo que en ejercicio de aquélla no es posible destruir este fundamento. De ahí que, por ejemplo, no sea posible la celebración, en ejercicio de la libertad, de un “contrato de esclavitud”.
54. En segundo lugar, cabe restringir la libertad del ser humano en su propio beneficio, cuando tal restricción sea de grado ínfimo y tenga por objeto evitar la producción de un daño objetivo, grave e irreparable a un derecho fundamental titularizado por la persona restringida en su autonomía. Así por ejemplo, la obligación de usar el cinturón de seguridad en los vehículos automotores, imponiendo una multa a quien no lo haga, restringe la libertad de aquél que no lo haría por voluntad propia, pero se trata de un ámbito mínimo de libertad sacrificada, en aras de evitar un daño objetivo, grave y eventualmente irreparable a la propia vida o integridad física. Se trata de una medida paternalista justificada en el Estado Constitucional, pues dada la abierta diferencia entre la intensidad de sacrificio de la libertad y la intensidad de protección a la vida o la integridad física, cabe una ponderación abstracta por parte del legislador, que instaure una obligación general, por el bien de la propia persona obligada.
55. Ahora bien, es verdad que la intensidad en el sacrificio de la libertad, en salvaguarda de los derechos del propio ser humano que la ejerce, puede variar dependiendo del caso, por lo que más allá de lo “lógica” que pueda resultar a primera vista la medida paternalista, es preciso valorar detenidamente las circunstancias en función de cada persona en particular. Por ejemplo, no es lo mismo exigir el uso del casco a un conductor de motocicleta o a un obrero de construcción civil que quiera evitar su uso por una cuestión llanamente estética, que a aquél que se rehuse a usarlo porque es un principio fundamental de su religión que los hombres solo puedan cubrir su cabeza con un turbante. Es el caso, por ejemplo, de quienes profesan la religión india *sij*. De ahí que el artículo 16.2 de *la Road Traffic Act* de 1988 y el artículo 11º de *la Employment Act* de 1989 en el Reino Unido, permiten a quienes profesan esta religión exceptuarse de la obligación de llevar el

casco al viajar en moto y en las actividades de construcción, respectivamente. No obstante, a favor de prohibir esta excepción se ha manifestado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (cfr. *Bhinder vs. Canadá*, Comunicación N.º 208/1986, U.N. Doc. CCPR/C/37/D/208/1986 –1989–).

56. En tercer lugar, una medida jurídica paternalista se encuentra justificada, cuando puede determinarse razonable y objetivamente que la persona que va a ser sujeto de ella, por alguna razón, tiene limitada la libre manifestación de su voluntad, y al restringirse su libertad se evita razonablemente un daño objetivo, grave e irreparable a sus derechos fundamentales.

Se trata de aquella persona de la que puede objetivamente predicarse que, por alguna circunstancia ajena a la voluntad del Estado y de la persona misma, no es capaz de evaluar de manera suficientemente razonable el grave riesgo que una conducta representa para sus propios derechos e intereses, o que siendo consciente del referido riesgo, en razón de alguna compulsión externa o interna, no es del todo capaz de actuar en consecuencia para evitarlo. Dado que en estos casos se duda razonablemente de que la voluntad propia se encuentre del todo libremente ejercida, algunos consideran que no cabe aquí hablar de medidas paternalistas (cfr. Beauchamp, Tom, “On Coercive Justifications for Coercive Genetic Control”, en J. Humber y R.F. Almeder –editores–, *Biomedical Ethics and the Law*, Plenum Press, New York, 1979, p. 388).

Así, los niños y, en general, los incapaces absolutos en los términos del artículo 43º del Código Civil, son personas en relación con las cuales pueden adoptarse determinadas medidas paternalistas.

57. Pero, ¿pueden adoptarse medidas paternalistas en relación con personas adultas que no siendo jurídicamente incapaces, presenten determinados caracteres que, por así decirlo, distorsionen su manifestación de voluntad, sin llegar a ser incapaces? En determinadas circunstancias, la respuesta a esta interrogante es afirmativa. Así, pueden adoptarse *medidas paternalistas informativas* por el bien de las propias personas adultas a las que va dirigida la información, si se asume razonablemente que obligándolas a informarse pueden reorientar el curso de una conducta que puede generarles una grave afectación a sus derechos. Como bien apunta, Miguel Ramiro Avilés, “[l]as campañas de información de los riesgos o beneficios que supone la realización de ciertas actividades deben ser el primer tipo de medidas paternalistas que deben adoptarse ya que siempre es preferible la medida menos aversiva porque la autonomía o la libertad de la persona deben sufrir lo menos posible, a lo que se une que con la información se apela a la razón” (cfr. “A vueltas con el paternalismo jurídico”, en *Derechos y Libertades*, N.º 15, Junio 2006, p. 234).
58. También puede adoptarse una medida paternalista para evitar que una persona, como consecuencia de presiones externas (compulsión externa) que afectan el libre ejercicio de su voluntad, autorice la realización de un acto que puede generarle un grave perjuicio. Por ejemplo, Miguel Ramiro Avilés da cuenta de cómo “[l]as normas que regulan en España las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos establecen que el donante-vivo debe manifestar su consentimiento expreso, libre, consciente y desinteresado, lo cual debe comprobarse en una reunión con los miembros del Comité de Ética para la Asistencia Sanitaria del hospital transplantador. Con ello se pretende *aislar* al donante-vivo de las posibles presiones de su entorno familiar, garantizándose de ese modo que su consentimiento realmente es libre. Esto se debe a que la inmensa mayoría de este tipo de donaciones se producen entre familiares, lo cual puede llegar a generar una presión externa muy fuerte en aquella persona que, habiéndose sometido a las pruebas de compatibilidad, haya

sido seleccionada como donante” (cfr. “A vueltas con el paternalismo jurídico”, ob. cit., p. 240, nota 119).

59. También es posible adoptar medidas que busquen re-direccionar la conducta de personas adultas, en su propio beneficio, si tales medidas se encaminan a evitar un posible daño grave e irreparable a sus derechos fundamentales y existen sospechas fundadas de que tal conducta no es consecuencia de una plena voluntad libremente manifestada, sino de algún elemento interno (compulsión interna) que la afecta sensiblemente. Es el caso de las personas que son adictas a alguna sustancia toxicológica. Y es que esta adicción puede evitar que la persona sea suficientemente capaz de advertir los riesgos graves que puede generar su acción en determinado ámbito de su vida, o, siendo capaz de advertir el referido riesgo, no es del todo capaz de, por propia voluntad, reencauzar su conducta con el propósito de evitarlo. En cualquier caso, incluso en estas circunstancias, el libre desenvolvimiento de la personalidad despliega cierto ámbito de su contenido protegido, por lo que difícilmente podrían justificarse medidas orientadas a sancionar la realización de la conducta auto-dañina, siendo solo posible la adopción de medidas que la desincentiven.
60. De esta forma, cuando menos en las circunstancias descritas, una medida paternalista se encuentra justificada en el Estado Constitucional. Se trata de casos en los que el grado de incidencia de la medida sobre la libertad es mínimo en comparación con el grado de protección que genera con relación a ciertos derechos fundamentales o en los que es objetivamente dudoso que la voluntad de la persona tenga un origen plenamente consciente, autónomo y libre, y, adicionalmente, se evita de modo plausible la generación de un serio e irreversible daño a los derechos fundamentales de la propia persona. Es evidente, no obstante, que se trata de medidas excepcionales, de modo que la regla general continúa siendo el respeto por el máximo grado de autonomía moral posible del ser humano.
61. A similar conclusión ha llegado la Corte Constitucional colombiana, al identificar dos hipótesis, a saber, “de un lado, las medidas jurídicas coactivas que pretenden obligar la realización u omisión de una acción, con el fin de imponer a los(as) ciudadanos(as) determinados modelos de virtud o excelencia humana. Y, se ha concluido que este supuesto, propio del llamado ‘perfeccionismo’ o ‘moralismo jurídico’, no es en ningún aspecto compatible con los principios contenidos en nuestra Constitución. De otro lado, están las medidas que buscan proteger los intereses de la propia persona, pero tienen como fin procurar *bienestar, felicidad, necesidades, intereses o valores* de aquel a quien se dirige la medida. Éstas por el contrario son compatibles con la Constitución, *‘puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado’* [C-309 de 1997, fundamento jurídico número 7]. Ambos tipos de medidas suponen, por supuesto, interferencia en la libertad de acción de las personas. Las primeras no cuentan con justificación constitucional alguna, y las segundas pueden justificarse bajo el cumplimiento de ciertos requisitos” (cfr. Sentencia C-639 de 2010, F. J. 10), siendo que para la Corte tales requisitos consisten en la superación del denominado *test* de proporcionalidad (F. J. 11). En ese sentido, más adelante sostiene la tesis, compartida por este Tribunal, en el sentido de que “[e]l valor de la autonomía puede ser procurado por el Estado, mediante el privilegio de otros valores directamente relacionados con él. Puede por ejemplo, establecer medidas coercitivas, que en principio interfieren en la libertad de elección de las personas, pero que corresponden a la promoción de valores preestablecidos a partir del principio mayoritario, sin cuya garantía no sería posible ejercer el derecho de autonomía (por ejemplo, la vida y la salud). Con todo, este tipo de medidas requieren una adecuación constitucional estricta, con el fin de evitar que por dicha vía se pretendan imponer modelos o

planes de vida o concepciones del bien. Por ello, las medidas en cuestión deben ser proporcionales, y si su respaldo es una sanción, ésta debe ser la menos rígida posible” (F. J. 14).

62. Así las cosas, que la prohibición de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, tengan como finalidad la protección de la salud de los propios fumadores, no es una medida *per se* inconstitucional, como sostienen los demandantes, sino que, en la medida de que guarden adecuación con algunas de las circunstancias excepcionales antes desarrolladas (lo que será analizado cuando se aborde el principio de proporcionalidad en sentido estricto – acápite §9 *infra*–), resultarán constitucionalmente válidas.
63. En definitiva, tanto la finalidad de proteger la salud de los propios consumidores de tabaco, como la finalidad de reducir los costos sanitarios que genera el tratamiento de las enfermedades producidas por el tabaco, por vía de reducir significativamente su consumo, son constitucionalmente válidas. Adicionalmente, según se sustentará a continuación, reducir el consumo de tabaco en aras de proteger la salud de los propios fumadores, no solo es una finalidad constitucionalmente permitida, sino que desde que el Perú ratificó el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, es una finalidad constitucionalmente obligatoria.

#### **§6. Reducir el consumo de tabaco como finalidad constitucionalmente obligatoria, a la luz del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.**

64. Mediante Resolución Legislativa N.º 28280, publicada el 17 de julio de 2004, el Congreso de la República aprobó el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.
65. En relación con este Convenio, los demandantes han señalado lo siguiente: “de conformidad con lo establecido en el inciso 4) del artículo 200º de nuestra Constitución, **el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco tiene rango de ley, por lo que deberá interpretarse en armonía con la Constitución**” (cfr. escrito de demanda, p. 15; el énfasis es del original). Asimismo, en su escrito de fecha 6 de julio de 2011, han sostenido enfáticamente que “[e]l referido Convenio no es un tratado sobre derechos humanos y, por tanto, carece de jerarquía constitucional” (p. 9; el énfasis es del original).
66. Sobre el particular, el Procurador del Congreso, ha señalado lo siguiente: “**los tratados sobre derechos humanos (...) tienen rango constitucional. (...). En tal sentido, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (...) tiene rango constitucional, pues es un tratado sobre el derecho a la salud**” (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 3 y 4; el énfasis es del original). En sentido similar se ha pronunciado en su Informe la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, al señalar que el referido Convenio regula “el derecho a la salud en su conexión con una enfermedad concreta: el tabaquismo, postulándose la necesidad de una estrategia común para poder erradicarla. Si el derecho a la salud es un Derecho Humano y este convenio busca proteger el derecho a la salud vinculado a las enfermedades que ocasiona el tabaquismo, sin duda alguna estamos frente a un Convenio que regula materia de derechos humanos. (...). Al adquirir el Tratado de Derechos Humanos un rango constitucional, no pueden existir normas que sean contrarias al mismo, estando vedado el legislador a negarlos. Protección que se extiende, además, a que los tratados se incorporan al sistema nacional pero con rango constitucional, siendo un límite y un parámetro interpretativo y/o legislativo” (p. 12 y 13).

67. El Tribunal Constitucional coincide con el Procurador del Congreso y con la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, en el sentido de considerar que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, es un tratado sobre derechos humanos, pues lo que busca proteger de manera clara, expresa y directa es el derecho fundamental a la protección de la salud, reconocido en el artículo 7° de la Constitución. En efecto, en la introducción del Convenio se señala que éste “representa una iniciativa pionera para el progreso de la acción nacional, regional e internacional y la cooperación mundial *encaminada a proteger a la salud humana de los efectos devastadores del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco*” (énfasis agregado). Asimismo, en el Preámbulo se enfatiza que uno de los principios que inspiran su dación, es la determinación de las Partes “a dar prioridad *a su derecho de proteger la salud pública*, [r]econociendo que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias *para la salud pública*, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral” (énfasis agregado). Del mismo modo, el Convenio enfatiza que tiene como sustento “el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en el que se declara que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” y “el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en el que se afirma que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.
68. No escapa, sin embargo, a la consideración del Tribunal que los demandantes han esgrimido concretos argumentos para rechazar la tesis de que el Convenio es un tratado sobre derechos humanos. Así, han sostenido que “en los tratados sobre derechos humanos, a diferencia de otros convenios, los Estados asumen obligaciones fundamentalmente hacia las personas bajo su jurisdicción, a las cuales les reconoce derechos exigibles frente a los Estados. (...). En cambio, el Convenio Marco de la OMS lo que hace es reconocer las obligaciones entre los Estados que los suscriben para adoptar determinadas medidas de control del tabaco. Es decir, no reconoce ‘nuevos derechos’, sino más bien establece un ‘marco’ de medidas que deberían adoptar lo[s] Estados para enfrentar al tabaquismo. (...). Si bien menciona el derecho a la salud, lo hace para sustentar las medidas que deberían adoptar los Estados y no para reconocer el derecho a la salud que por lo demás ya se encuentra previsto en los tratados sobre derechos humanos” (cfr. escrito de fecha 6 de julio, pp. 9 - 10). De esta forma, el argumento de los recurrentes podría ser reformulado del modo siguiente: un tratado sobre derechos humanos es aquél que reconoce derechos humanos, obligándose, fundamentalmente, frente a las personas bajo su jurisdicción, más no aquél a través del cual, sin reconocerse “nuevos derechos”, el Estado se obliga a adoptar medidas para optimizar la protección de estos derechos.
69. Este Tribunal discrepa de este criterio. Los tratados en virtud de los cuales un Estado se obliga a la adopción de medidas encaminadas directamente a dotar de mayor eficacia los derechos humanos, son tratados sobre derechos humanos, aún cuando éstos no reconozcan “nuevos derechos”. De hecho, muchas veces, son justamente las medidas concretas que el Estado asume internacionalmente, a través de determinados tratados complementarios, las que permiten perfilar con mayor nitidez los alcances del contenido protegido de tales derechos, y consecuentemente, las que permiten, al amparo de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, interpretar de modo más preciso los derechos fundamentales reconocidos por ella. En otros términos, la existencia o no de un tratado sobre derechos humanos, no viene definida por un criterio formal como puede ser el análisis de si se trata de un tratado que por primera vez reconoce un derecho de ese carácter, sino

por un criterio material, consistente en analizar si el tratado se ocupa directamente de un derecho humano, sea para reconocerlo por vez primera, sea para asumir obligaciones orientadas a su más eficiente protección.

Es así que, por ejemplo, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, es un tratado sobre derechos humanos, que contribuye a interpretar de forma más precisa los alcances del contenido protegido del derecho a la vida, aunque no se le reconozca aquí por primera vez; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es un tratado sobre derechos humanos, que precisa determinados alcances del derecho a la igualdad de género, exigiendo a los Estados partes la adopción de determinadas medidas para efectivizar su protección, aunque no reconozca al derecho por primera vez; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, es un tratado sobre derechos humanos, que precisa determinados alcances del derecho a la integridad personal, obligando a la adopción de determinadas medidas a ello orientadas, aunque no reconozca por vez primera el referido derecho; la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, es un tratado sobre derechos humanos, que contribuye a precisar la delimitación del derecho al trabajo, exigiendo a los Estado la toma de ciertas medidas para ello, y no conlleva un reconocimiento *ex novo* del mentado derecho; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, es un tratado sobre derechos humanos, pues coadyuva a la mejor protección del derecho a la verdad, y no establece un originario reconocimiento de este derecho; etc.

En esa misma línea, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, es un tratado sobre derechos humanos, pues aunque no reconoce al derecho a la protección de la salud como un “nuevo derecho” (en los términos de los recurrentes), obliga a los Estados partes de manera clara y directa a la adopción de medidas que contribuyan a optimizar su eficacia.

70. Asimismo, los recurrentes buscan solventar la tesis de que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, no es un tratado sobre derechos humanos, trayendo a colación una cita doctrinal, en la que se señala que “los tratados sobre derechos humanos se caracterizan por no ser sinalagmáticos, esto es, por generar un tipo de relación especial entre las obligaciones estatales y los seres humanos cuyos derechos buscan ser protegidos” (cfr. Novak, Fabián, “Tratados aprobados por el Congreso”, en Walter Gutiérrez –director–, *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, p. 774), y un párrafo de una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se afirma que “los tratados modernos sobre derechos humanos (...) no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objetivo y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los propios Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (cfr. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párrafo 29).
71. El Tribunal Constitucional comparte el criterio técnico jurídico vertido en ambas citas; empero, no aprecia en qué medida ellas desvirtúan la condición del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco como tratado sobre derechos humanos. Del referido Convenio no emanan

obligaciones sinalagmáticas exigibles solamente entre los Estados que lo han suscrito, como erróneamente parece sugerir la parte demandante, sino más bien, y predominantemente, obligaciones de los Estados partes frente a los individuos bajo su jurisdicción, orientadas, todas ellas, a la protección de su derecho fundamental a la salud, frente al flagelo mundial que la epidemia del tabaquismo representa.

72. Ello se aprecia luego de un análisis omnicompreensivo de las referidas obligaciones, las cuales han sido correctamente resumidas por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP en su Informe:

**“Obligación principal u Objetivo:**

Proteger contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco (...) a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco (artículo 3).

**Obligaciones generales (entre las más resaltantes):**

- Adoptar y aplicar medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces de protección contra la exposición al humo de tabaco en lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, otros lugares públicos, y promoverá activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales (artículo 8).
- Prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. (artículo 13)
- Idear y aplicar programas eficaces de promoción del abandono del consumo de tabaco en lugares tales como instituciones docentes, unidades de salud, lugares de trabajo y entornos deportivos; (artículo 14, numeral 2, a)
- Establecer en los centros de salud y de rehabilitación programas de diagnóstico, asesoramiento, prevención y tratamiento de la dependencia del tabaco; (artículo 14, numeral 2, a)
- Adoptar y aplicar medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas eficaces para que todos los paquetes o envases de productos de tabaco y todo empaquetado externo de dichos productos lleven una indicación que ayude a las Partes a determinar el origen de los productos de tabaco y, de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, ayude a las Partes a determinar el punto de desviación y a vigilar, documentar y controlar el movimiento de los productos de tabaco y su situación legal. (artículo 15, numeral 2).

**Principios básicos para lograr el objetivo principal y los secundarios:**

Adoptar medidas para:

- Proteger a todas las personas de la exposición al humo de tabaco (artículo 4, numeral 2, a).
- Prevenir el inicio, promover y apoyar el abandono y lograr una reducción del consumo de productos de tabaco en cualquiera de sus formas (artículo 4, numeral 2, b).
- Promover la participación de las personas y comunidades indígenas en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de programas de control del tabaco que sean socialmente y culturalmente apropiados para sus necesidades y perspectivas (artículo 4, numeral 2, c).
- Que cuando se elaboren estrategias de control del tabaco, se tengan en cuenta los riesgos relacionados específicamente con el género (artículo 4, numeral 2, d).
- Reducir el consumo de todos los productos de tabaco, a fin de prevenir, de conformidad con los principios de la salud pública, la incidencia de las enfermedades, la discapacidad prematura y la mortalidad debidas al consumo de tabaco y a la exposición al humo de tabaco (artículo 4, numeral 4).
- Adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/o otras medidas eficaces y cooperará, según proceda, con otras Partes en la elaboración de políticas apropiadas para prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco (artículo 5, numeral 3)” (pp. 15 – 17).

Así pues, resulta muy claro que, a diferencia de lo que sugiere la parte demandante, estas obligaciones no tienen como sujetos recíprocamente beneficiarios a los Estados partes del Convenio, sino, esencialmente, a los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción, quienes, con la adopción de estas medidas verán mejor protegido su derecho fundamental a la salud.

73. Por ello este Tribunal está de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en el sentido de que “el ‘Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco’ (...), constituye un

importante instrumento internacional para evitar y contrarrestar las nefastas consecuencias del consumo del tabaco, en especial para la salud y el medio ambiente. (...). La finalidad del Convenio, señalada en su artículo 3, se enmarca en la protección de las generaciones presentes y futuras frente a las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo, y por tanto, desarrolla los principios contenidos en los artículos 49, 78 [protección del derecho fundamental a la salud], y 79 [derecho a gozar de un ambiente sano] de la Carta. En efecto, dichas normas señalan la obligación del Estado en la atención a la salud y saneamiento ambiental (...) señalan el deber de toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad” (cfr. Sentencia C-665 de 2007).

74. Por lo demás, evidentemente las obligaciones impuestas por el Convenio constituyen tan solo un mínimo indispensable, pues nada impide al Estado adoptar medidas más estrictas en aras de proteger en la mayor medida posible el derecho fundamental a la salud. Ello ha sido expresamente previsto en el Convenio: “Para proteger mejor la salud humana, se alienta a las Partes a que apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas por el presente Convenio y sus protocolos, y nada en estos instrumentos impedirá que una Parte imponga exigencias más estrictas que sean compatibles con sus disposiciones y conformes al derecho internacional” (artículo 2.1).
75. En consecuencia, queda a buen recaudo la convicción de este Tribunal de que el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco es un tratado sobre derechos humanos, siendo que los criterios técnicos en los que los demandantes se apoyan para sostener lo contrario, lejos de enervar esta tesis, la confirman.
76. El Tribunal Constitucional ha sostenido, en más de una ocasión, que “[l]os tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional” (cfr. SSTC 0025-2005-PI –acumulados–, F. J. 26; 0005-2007-PI, F. J. 11; entre otras). Desde luego, con esta afirmación no se pretende sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos sean parámetro directo de constitucionalidad de las leyes, de forma tal que, con prescindencia de lo establecido por la Constitución, la constatación de la incompatibilidad entre una ley y un tratado internacional sobre derechos humanos, permita a este Tribunal expulsar la ley del sistema jurídico. Y es que ello, entre otras cosas, haría de este Tribunal guardián de tales tratados y no de la Constitución, asumiéndose constituido por el referido tratado y no por la Norma Fundamental peruana, lo que a todas luces resultaría constitucionalmente erróneo. Prueba de que el parámetro último de validez de las normas es la Constitución y no los tratados sobre derechos humanos es que, en última instancia, cuando menos en teoría, al amparo del artículo 200º, inciso 4, de la Constitución, no existe impedimento alguno para que un tratado sobre derechos humanos sea objeto de control en el marco de un proceso de inconstitucionalidad.
77. Lo que pretende sostenerse cuando se afirma que un tratado internacional sobre derechos humanos ostenta rango constitucional, es que una vez que forma parte del Derecho nacional (artículo 55º de la Constitución), y asumida su plena constitucionalidad, por voluntad del propio Poder Constituyente, manifestada en la Cuarta Disposición Final de la Constitución, existe la obligación de interpretar los derechos y las libertades reconocidos en la Norma Fundamental, de conformidad con el contenido de tales tratados. La Constitución, así interpretada, será el parámetro último de constitucionalidad de la ley, más no el tratado mismo.
78. A este respecto, conviene recordar lo sostenido por este Tribunal en el sentido de que el establecimiento de la pirámide jurídica nacional se sujeta a dos criterios rectores: las categorías y los grados. Las primeras “aluden a un conjunto de normas de contenido y valor semejante o

análogo” y los segundos “exponen una jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría”. En la primera categoría de nuestro sistema jurídico se encuentran “las normas constitucionales y las normas con rango constitucional”, distribuidas en grados, siendo la Constitución la norma de primer grado, las leyes de reforma constitucional las normas de segundo grado, y los tratados internacionales sobre derechos humanos, las normas de tercer grado (cfr. STC 0047-2004-PI, F. J. 61).

79. El Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, obliga a los Estados Partes a la adopción de una serie de medidas “a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco” (artículo 3º). Es decir, el Convenio exige la consecución de dos finalidades, a saber, a) reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco, y b) reducir de manera continua y sustancial la exposición al humo de tabaco. Obviamente, la primera finalidad tiene, a su vez, el objetivo de proteger la salud de los propios fumadores, pues si el Convenio solo estuviese orientado a la protección de la salud de los no fumadores, hubiese bastado la mención de la segunda finalidad. Esto ha sido correctamente advertido por el Procurador del Congreso en su escrito de contestación de la demanda (p. 7). Del mismo parecer ha sido la Corte Constitucional colombiana, al señalar que “resulta claro que desde el punto de vista constitucional las medidas encaminadas a evitar y restringir el consumo de tabaco, que no están dirigidas de manera cierta a proteger los derechos de los ‘fumadores pasivos’, persiguen garantizar la salud del propio individuo que consume tabaco. No es posible una conclusión distinta, si se toman en serio los fundamentos de dichas políticas, plasmados en el Convenio Marco de la OMS sobre control del tabaco (...) enfocados todos desde el presupuesto de que el consumo de tabaco afecta la salud” (cfr. Sentencia C-639 de 2010, F. J. 9).
80. Ya ha quedado establecido en el acápite anterior que, a pesar de lo sostenido por los demandantes, la procura de reducir el consumo de tabaco con el objetivo último de proteger la salud de los propios fumadores, es una finalidad constitucionalmente válida. En consecuencia, si siendo una finalidad constitucionalmente válida, el Estado peruano se ha comprometido a alcanzarla tras suscribir el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, ello quiere decir que a la fecha no se trata ya solo de una finalidad constitucionalmente válida, sino además constitucionalmente obligatoria.
81. En esa misma línea, en criterio que este Colegiado comparte, el *O’Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, han sostenido en su Informe que la medida legislativa cuestionada en este proceso “no sólo es una regulación constitucionalmente válida sino exigible desde la perspectiva del Derecho Internacional de Derechos Humanos y la obligación de proteger el derecho a la salud” (p. 7).
82. En definitiva, siendo el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco un tratado sobre derechos humanos, por mandato de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, el Estado tiene la obligación de interpretar el artículo 7º de la Constitución –que reconoce el derecho fundamental a la protección de la salud– y el artículo 9º de la Constitución –que obliga a diseñar una política nacional de salud plural y descentralizada–, de conformidad con todos los preceptos de aquel Convenio, de forma tal que de acuerdo al artículo 3º de éste, *el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la salud por vía de una política nacional plural y descentralizada que reduzca de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco.*

## §7. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de idoneidad?

83. Hasta ahora, resumidamente, ha quedado establecido que las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, a) limitan el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa; b) tienen como finalidad inmediata reducir el consumo del tabaco y como finalidades mediatas, proteger la salud de los propios fumadores y reducir los costos institucionales que genera la atención sanitaria por las enfermedades graves que el consumo de tabaco ocasiona; c) tales finalidades no solo son constitucionalmente válidas, sino que la finalidad de reducir continua y sustancialmente el consumo de tabaco es una obligación del Estado, tal como lo establece el artículo 3° del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.
84. Las referidas prohibiciones normativas ¿son idóneas para alcanzar el fin buscado? Los demandantes han sostenido que estas prohibiciones “**no constituye[n] una medida idónea para garantizar el derecho a la salud de los no fumadores. Ello porque lo que discutimos es la posibilidad de existencia de locales exclusivamente para fumadores, donde labora personal que fume**, por lo que los no fumadores no se encontrarían expuestos al humo del tabaco. Asimismo, **no resulta idóneo para proteger el derecho a la salud de los no fumadores, la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos (para personas adultas), puesto que en dicho supuesto, al encontrarse al aire libre, los no fumadores no se encuentran expuestos al humo del tabaco**, y por tanto su derecho a la salud no se encuentra comprometido” (cfr. escrito de demanda, p. 29; el énfasis es del original).
85. Que las prohibiciones absolutas de fumar en los espacios públicos cerrados y en los centros educativos, en términos generales, contribuyen a reducir el consumo de tabaco en la sociedad, es una conclusión a la que se podría arribar casi intuitivamente. No obstante, existen argumentos objetivos de autoridades y concedores de la materia, que permiten confirmar dicha suposición.
86. Así, de acuerdo a lo señalado en el *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*,
- “[l]os ambientes libres de humo no solo protegen a los no fumadores sino que además reducen el consumo de tabaco en los fumadores habituales en entre dos y cuatro cigarrillos diarios (...) y ayudan a quienes quieren dejar de fumar, así como a los que ya lo han logrado, a abandonar el tabaco a largo plazo. En los Estados Unidos, el consumo por habitante es entre un 5% y un 20% inferior en los estados en los que hay en vigor leyes integrales sobre ambientes libres de humo de tabaco que en los que carecen de ellas (...). Se estima que la prohibición total de fumar en lugares [de] trabajo implantada en varias naciones industrializadas ha reducido la prevalencia del tabaquismo entre los trabajadores en un promedio del 3,8%, el consumo medio de tabaco entre los trabajadores que siguen fumando en 3,1 cigarrillos diarios, y el consumo total de tabaco entre los trabajadores en un promedio del 29% (...). Las personas que trabajan en lugares completamente libres de humo de tabaco tienen prácticamente el doble de posibilidades de dejar de fumar que las que trabajan en lugares donde no se aplican este tipo de políticas, y el consumo diario de quienes siguen fumando se reduce en cerca de cuatro cigarrillos al día (...). Tras la promulgación de una legislación integral sobre ambientes libres de humo de tabaco en Irlanda, alrededor del 46% de los fumadores declararon que la nueva ley les había hecho más propensos a dejar de fumar; el 80% de quienes consiguieron abandonar el tabaco afirmaron que la ley les había ayudado a lograrlo y el 88% que la ley les estaba ayudando a no retomar el hábito (...). En Escocia, el 44% de las personas que habían dejado de fumar indicaron que la legislación sobre ambientes libres de humo de tabaco les había ayudado a abandonar el tabaco (...)” (p. 29).
87. Similar ha sido lo referido por el Procurador del Congreso, citando el Informe OMS respectivo del año 2008 (cfr. escrito de contestación de la demanda, p. 48).

88. Asimismo, la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, en su Informe, citando a Valdes Salgado, Raydel, Avila Tang, Erika, Stillman, Frances A., Wipfli, Heather y Samet, Jonathan, “Leyes que prohíben fumar”, en: *Revista de Salud Pública de México*, vol. 50, suplemento 3 de 2008, p. 337, ha dado cuenta de lo siguiente:

“...la creación de espacios 100% libres de humo de tabaco es una medida efectiva porque reduce la prevalencia de consumo de tabaco, el número promedio de cigarrillos por día y promueven la cesación. Lo anterior se logra cuando se vela estrictamente por el cumplimiento de la ley; si sólo existe una legislación fuerte que se cumple relajadamente, su impacto será prácticamente nulo.

(...)

Un metaanálisis que incluyó 26 estudios sobre el impacto de la prohibición de fumar en lugares de trabajo en EUA, Canadá, Australia y Alemania concluye inequívocamente que la medida no sólo protege a los no fumadores de la exposición al humo de tabaco, sino que también estimula a los fumadores a reducir su consumo. Existe una gran diferencia en el impacto que se logra con restricciones totales a cuando sólo existe una restricción parcial. Se ha estimado que donde existe una legislación integral y sobre todo, que se vela por su cumplimiento, puede reducir el consumo de cigarrillos... [Este estudio tiene la siguiente referencia: Fichtenberg CM, Glantz SA: *Effect of smokefree workplace on smoking behaviour: systematic review*. BMJ 2002; 325:188]” (p. 31).

89. Complementando este criterio, el *O’Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, han sostenido en su Informe que “[d]e acuerdo a investigaciones científicas, las leyes de ambientes libre de humo llevaron a una reducción del 3 por ciento de las tasas de fumadores y a una disminución de tres cigarrillos fumados por día entre quienes continuaban fumando, con lo que se demuestra [la] idoneidad [de la medida]” (p. 6).
90. Ninguno de estos argumentos ha sido contradicho por los demandantes. Las prohibiciones cuestionadas pues, claramente, resultan idóneas para la reducción sustancial del consumo de tabaco. Por ende, son idóneas para proteger la salud de los fumadores y para reducir los costos de atención sanitaria que éstos puedan requerir. Esto último, por lo demás, ha sido ya confirmado por diversos estudios. En efecto, la Organización Mundial de la Salud tiene establecido que:

“...las leyes sobre ambientes libres de humo de tabaco propician mejoras en la salud respiratoria al poco tiempo de su promulgación. En Escocia, los empleados de bar experimentaron, a los tres meses de la introducción de una legislación integral en la materia, una disminución del 26% de los síntomas respiratorios; los trabajadores asmáticos pasaron a tener las vías respiratorias menos inflamadas (...). En California, los empleados de bar registraron una reducción del 59% en los síntomas respiratorios y una disminución del 78% en los síntomas de irritación de los órganos sensoriales transcurridas ocho semanas desde la implantación de una nueva ley que prohíbe fumar en los locales de hostelería

Incluso los niveles bajos de exposición al humo ajeno tienen un efecto clínico importante en el riesgo de padecer enfermedades cardiovasculares (...). Los ambientes libres de humo de tabaco reducen la incidencia de infarto de miocardio entre la población general prácticamente de inmediato, incluso en los primeros meses siguientes a su implantación (...). Diversos estudios confirman la disminución de las hospitalizaciones por infarto de miocardio tras la promulgación de una legislación integral sobre ambientes libres de humo de tabaco (...). Por otra parte, muchos de esos estudios, realizados en jurisdicciones subnacionales (estados/ provincias y municipios) pertenecientes a países en los que no hay en vigor ninguna legislación nacional en la materia, muestran no solo el impacto de las medidas legislativas en cuestión, sino también los beneficios potenciales asociados a la promulgación de leyes a nivel local cuando no se aplican prohibiciones de alcance nacional.

(...)

Entre 1988 y 2004, periodo durante el cual California implantó una legislación integral en la materia, las tasas de morbilidad por cáncer de pulmón o de bronquios disminuyeron cuatro veces más rápido en dicho estado que en el resto de los Estados Unidos de América” (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, p. 28).

91. En ese mismo sentido, el *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, refieren que desde la implementación de medidas como las aquí cuestionadas, “Escocia ha experimentado una reducción del 17 por ciento en las internaciones por ataques cardíacos en 9 hospitales importantes [Sally Haw. *Scotland's Smokefree Legislation: Results from a comprehensive evaluation. Presentation given at the Towards a Smokefree Society Conference. Edinburgh Scotland, 10 - 11 Septiembre 2007*. Disponible en: <http://www.smokefreeconference07.com/programme.php>]. Asimismo, estudios llevados a cabo en los Estados Unidos e Italia han revelado que la cantidad de hospitalizaciones por ataques cardíacos se ha reducido considerablemente después de la implementación de leyes estrictas de ambientes libres de humo en lugares públicos y de trabajo [Sargent RP, Shepard RM, Glantz SA (2004) *Reduced incidence of admissions for myocardial infarction associated with public smoking ban: before and after study. British Medical Journal*. 328(7446):977-80. Disponible en: <http://www.bmj.com/cgi/content/short/bmj.38055.715683.55v1> / Bartecchi C, Alsever RN, Nevin-Woods C et al (2006) *Reduction in the incidence of acute myocardial infarction associated with a citywide smoking ordinance. Circulation* 114(14):1490-6. Disponible en: <http://circ.ahajournals.org/cgi/content/short/CIRCULATIONAHA.106.615245v1>” (cfr. Informe, p. 4).
92. En consecuencia, las prohibiciones incoadas superan el subprincipio de idoneidad.

#### **§8. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de necesidad?**

93. Para que una medida restrictiva de un derecho fundamental, no supere el subprincipio de necesidad, debe ser evidente la existencia de una medida alternativa que, restringiendo en menor medida el derecho fundamental concernido, permita alcanzar con cuando menos igual idoneidad el fin constitucionalmente válido perseguido.
94. En el presente caso, ello se traduce del modo siguiente: las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, no superarán el subprincipio de necesidad, si es evidente la existencia de una medida menos restrictiva de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, que permitan alcanzar cuando menos con igual idoneidad o satisfacción la reducción sustancial del consumo de tabaco, tal como lo exige el artículo 3º del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, protegiendo en igual grado la salud de los consumidores de tabaco y reduciendo en igual dimensión los costos sanitarios del tratamiento de las enfermedades que el tabaco genera.
95. Los demandantes refieren lo siguiente: “lo dispuesto por el artículo 3º original de la Ley N° 28705, complementada con lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 001-2010-SA constituye una medida idónea para la protección del derecho fundamental a la salud de los no fumadores; que restringe en menor medida el derecho a la libertad de quienes han optado por el consumo del tabaco, y los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa de quienes han optado por desarrollar actividades económicas dirigidas a los fumadores. Ello porque, permitía el consumo de tabaco en espacios abiertos; y en espacios públicos cerrados de manera restringida. Para este último caso establecía que el 90% del establecimiento debía ser completamente libre de tabaco. Sin embargo, permitía acondicionar un área no mayor del 10% del local, para fumadores; la cual debía encontrarse separada del área de no fumadores; y contar [con] mecanismos adecuados de

ventilación y extracción del humo, los que impedían la contaminación del área de no fumadores y de los locales aledaños” (cfr. escrito de demanda, p. 30).

96. La antigua redacción del artículo 3° de la Ley N.º 28705, señalaba lo siguiente. “En centros laborales, hoteles, restaurantes, cafés, bares y otros centros de entretenimiento, los propietarios y/o empleadores tendrán la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores que en todos los casos deben estar separadas físicamente de las áreas donde se prohíbe fumar y deben contar con mecanismos que impidan el paso del humo hacia el resto del local y ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior”.
97. Más allá de que, como ya se ha mencionado, los demandantes no acierten al señalar que la finalidad directa de las prohibiciones cuestionadas sea proteger la salud de los no fumadores, es preciso destacar que además se equivocan al sostener que la permisión de áreas de fumadores en los espacios públicos cerrados haya sido idónea para proteger la salud de los referidos no fumadores, puesto que en la actualidad existe unanimidad entre los entendidos en la materia en el sentido de considerar que no hay modo de evitar que el acto de fumar desarrollado en la “zona de fumadores” ponga en riesgo la salud de quienes se encuentran en la “zona de no fumadores”. En efecto, tal como se expuso en el Dictamen acumulado de los Proyectos de Ley N.º 2996/2008-CR y N.º 3008/2008-CR de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, que sirvieron de base para dar lugar a la redacción actual del artículo 3° de la Ley N.º 28705:

“La medida de establecer zonas de fumadores y no fumadores ha sido seriamente cuestionada porque se ha considerado que no es efectiva para proteger de la exposición al humo de tabaco a las personas no fumadoras. De acuerdo a un informe de junio de 2005 de la Sociedad Estadounidense de Ingenieros de Calefacción, Refrigeración y Aire Acondicionado (ASHRAE) la única forma de eliminar tóxicos es eliminando el fumado en lugares cerrados. El informe concluye que los efectos nocivos para la salud no pueden ser controlados por ventilación y que ninguna otra ingeniería, incluyendo actuales y avanzados [equipos] de ventilación o de dilución de aire, ha demostrado (...) el control de los riesgos para la salud de la exposición del humo de tabaco [[http://www.ashrae.org/content/ASHRAE/ASHRAE/ArticleAltFormat/20058211239\\_347.pdf](http://www.ashrae.org/content/ASHRAE/ASHRAE/ArticleAltFormat/20058211239_347.pdf)] La explicación de ello es que el humo del tabaco es una mezcla de gases y partículas que no pueden ser eliminados totalmente mediante los sistemas de ventilación. De acuerdo al doctor Rodrigo Córdova, del Comité Nacional para la Prevención del Tabaquismo de España: ‘Los locales de ocio con los mejores y más potentes sistemas de ventilación presentan invariablemente unas concentraciones de nicotina muy por encima de los 2,4 microgramos/m<sup>3</sup>’. Al respecto, la Sociedad Española de Especialistas en Tabaquismo afirma que ‘si el sistema funcionara, la concentración debería ser nula y, sin embargo, 2,4 ya puede provocar cáncer al pulmón. Se encuentran de moda los desionizadores, pero ni sus fabricantes confían en su utilidad contra el tabaco. Incluso informa en su documentación que los desionizadores electrónicos para purificar el aire no protegen del humo de segunda mano, no ayudan a eliminar los gases que se encuentran en el humo de tabaco’ [[http://www.sedet.es/secciones/noticias/noticias.php?anyo=2007&id\\_categoria=1&mes=5&pagina=9](http://www.sedet.es/secciones/noticias/noticias.php?anyo=2007&id_categoria=1&mes=5&pagina=9)].

En cuanto a la utilidad de las soluciones de separaciones de ambientes y los sistemas de ventilación, el mismo profesor Rodrigo Córdova afirma lo siguiente: ‘Fumar en el área de fumadores causa enfermedad en el área de no fumadores cuando hay separación meramente funcional: cortinas, biombos, sistemas de ‘limpieza de aire’, etc. (...) En algunos lugares se han podido ver aparatos de este tipo –estaciones de humo– que ninguna autoridad científica acreditada ha homologado por una razón muy sencilla, porque estos sistemas no son capaces de eliminar las sustancias de fase gaseosa. (...). Estos sistemas de ventilación pueden eliminar el olor y una parte del humo de tabaco que se halla en forma de partículas, incluso las bacterias, pero no son viables para eliminar los cancerígenos del humo de tabaco por varios motivos: a) los principales componentes tóxicos del tabaco se encuentran en forma de vapor en concentraciones nocivas para la salud; b) para eliminarlos se requeriría una velocidad de intercambio de aire insoportable puesto que tendría una magnitud de un pequeño huracán, etc.; c) los locales de ocio con los mejores sistemas de ventilación siempre presentan concentraciones de tóxicos por encima de los niveles saludables’ [Ibid]” (pp. 12 – 14).

98. Sobre esta materia, en referencia a la concreta situación peruana, son singularmente contundentes los argumentos, debidamente documentados y sustentados, que ha presentado la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, a través de su Informe, en el cual se señala lo siguiente:

“Un estudio realizado en los primeros meses del 2010 por la *Comisión Nacional de Lucha Anti Tabáquica - COLAT, Tobacco Free Kids, el Instituto de Cáncer Roswell Park* y con el auspicio de la Organización Panamericana de la Salud, en donde se realizó una evaluación de la contaminación por partículas de humo de tabaco y la calidad de aire en restaurants, cafeterías, pubs, discotecas, bares y karaokes de Lima, demostró que los niveles de contaminación en establecimientos públicos con área para fumadores y donde se permitía fumar, alcanzaban niveles de polución ambiental ocho veces más altas que los niveles de contaminación en lugares 100% libres de tabaco y que estos niveles de contaminación llegaban a ser cuatro veces más altos que los niveles de contaminación encontrados en la Av. Abancay en hora punta [Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica, Tobacco Free Kids, Instituto de Cáncer Roswell Park y Organización Panamericana de la Salud. Estudio de Calidad de Aire en Establecimientos Públicos del Perú. Lima, 2010]. (...).

Pero, más aún, un estudio de la Organización Panamericana de la Salud denominado ‘Desarrollo de Legislación para el Control del Tabaco. Modelos y guías’, señalaba ‘*que la separación de los fumadores y no fumadores en un mismo ambiente, no protege a los no fumadores del daño independientemente del sistema de ventilación utilizado*’ [Organización Panamericana de la Salud. Desarrollo de Legislación para el Control del Tabaco. Modelos y guías, junio, 2002. Cit por: RADOVIC, Flavia y Carmen BARCO, Informe COLAT N° 1772/PB/11, Lima, 28 de febrero del 2011. Documento impreso. p. 11].

La *Sociedad Americana de Ingenieros de Calefacción, Refrigeración y Aire Acondicionado*, sobre las cuestiones técnicas referidas al humo de tabaco en lugares cerrados como bares, discotecas y restaurantes, ha dicho: ‘*En la actualidad, la única forma de eliminar efectivamente los riesgos a la salud asociados con exposición al humo de tabaco en interiores es prohibiendo fumar*’ [VALDES-SALGADO, Raydel, AVILA-TANG, Erika, STILLMAN, Frances A, WIPFLI, Heather y SAMET, Jonathan. Leyes que prohíben fumar. En: *Revista de Salud Pública de México*, vol. 50, suplemento 3 de 2008, p. 339].

Por su lado, un documento de la OMS señala que: ‘*...aunque el aumento de la tasa de ventilación reduce la concentración de los contaminantes en los interiores, se requerirían tasas de ventilación que superaran por más de 100 veces las normas comunes tan sólo para controlar el olor, que por sí solo no es un indicador de la concentración de sustancias tóxicas en el aire, porque la concentración de éstas puede ser elevada, aún en ausencia de un olor fuerte de humo de tabaco. Para eliminar las sustancias tóxicas contenidas en el humo de tabaco, la única opción sin riesgo para la salud es contar con tasas de ventilación mucho mayores, que son prácticamente inviables por los altos costos y la estructura física que su instalación implica. Para eliminar del aire las sustancias tóxicas presentes en el humo ajeno se necesitarían tantos cambios de aire que la medida resultaría impráctica, incómoda e inasequible*’ [ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Protección contra la exposición al humo de tabaco ajeno. Recomendaciones normativas. Cit. por: RADOVIC, Flavia y Carmen BARCO, op cit. p. 11]. (...).

Entre las conclusiones de [un estudio del Centro de Información y Educación para la prevención del Abuso de Drogas – CEDRO–], destaca [la] siguiente: (...) ‘*Aún cuando la mayoría de los establecimientos estudiados contaba con sistemas de ventilación y/o aire acondicionado, éstos sólo garantizan la extracción o eliminación del humo, más no de los tóxicos contenidos en el ambiente donde se fumó y menos eliminan la exposición a estas sustancias de las personas que se encuentran en ellos. Sólo la prohibición de fumar al interior de espacios cerrados garantiza una adecuada protección*’ [CEDRO. Resumen Estudio: Exposición a Humo de Tabaco de Segunda Mano en empleados de Bares, Discotecas y Centros de Diversión. Lima, 2008]” (pp. 46, 47 y 52).

99. Por su parte, en el *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, se señala lo siguiente:

“Separar físicamente a los fumadores de los no fumadores permitiendo que se fume únicamente en los espacios especialmente designados al efecto solo reduce la exposición al humo ajeno en alrededor de la mitad, de modo que brinda meramente una protección parcial (...).

La ASHRAE (*American Society of Heating, Refrigerating and Air-Conditioning Engineers*) concluyó en 2005 que la aplicación de una ley integral sobre ambientes libres de humo de tabaco es el único medio eficaz para eliminar los riesgos asociados al humo de tabaco ajeno y que no se debe recurrir a los sistemas de ventilación para controlar la exposición a esos riesgos y sus efectos en la salud (...). Esta toma de posición coincide con otras

conclusiones en cuanto a la ineficacia de la utilización de sistemas de ventilación y zonas reservadas para fumar a fin de prevenir la exposición al humo ajeno (...).” (p. 27).

100. Asimismo, el *O’Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, dan cuenta de que “[u]n estudio en más de 1.200 lugares públicos en 24 países reveló que el nivel de contaminación del aire en lugares cerrados era un 89 por ciento más bajo en los lugares libres de humo, comparados con aquellos donde se fumaba [*Roswell Park Cancer Institute, Department of Health Behavior; International Agency for Research on Cancer; Division of Public Health Practice, Harvard School of Public Health* (September 2006). *A 24-Country Comparison of Levels of Indoor Air Pollution in Different Workplaces*. Disponible en:[http://www.tobaccofreeair.org/downloads/GAMS%20report.v7\\_Sept\\_06.pdf](http://www.tobaccofreeair.org/downloads/GAMS%20report.v7_Sept_06.pdf)]”, motivo por el cual consideran que “[h]abida cuenta de que los sistemas de ventilación no eliminan el humo de tabaco, la única regulación posible es la prohibición de esas áreas” (cfr. Informe, pp. 4 y 5).
101. A ello conviene agregar que de acuerdo a un reciente estudio de la revista médica inglesa *The Lancet*, encargado por la Organización Mundial de la Salud y que se hizo público el 23 de noviembre de 2010, el tabaquismo pasivo causa cada año 600,000 muertes en todo el mundo, siendo los niños el grupo de población más afectado (165,000 niños mueren cada año por efecto del tabaco). Concretamente, el estudio demuestra que el tabaquismo pasivo causa 379,000 muertes por enfermedades cardíacas, 165,000 por infecciones respiratorias (que afectan especialmente a los niños), 36,900 por asma y 21,400 por cáncer de pulmón (cfr. <http://elcomercio.pe/mundo/674949/noticia-600-mil-fumadores-pasivos-mueren-cada-ano-165-mil-ellos-son-ninos>).
102. Así las cosas, existe un claro acuerdo entre las organizaciones internacionales especializadas en materia de protección de la salud, otras organizaciones con autoridad en asuntos relacionados con este derecho fundamental, y técnicos en materia de control de exposición a aire contaminado, en el sentido de que el humo de tabaco de las áreas para fumadores de los locales públicos cerrados, inevitablemente, y a pesar de las medidas técnicas que puedan adoptarse, vulnera el derecho fundamental a la salud de los no fumadores.
103. Por ende, tomando en consideración que el artículo 7º de la Constitución, reconoce el derecho fundamental de toda persona a la protección de su salud, que de acuerdo al artículo 12º, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, dicha protección debe verificarse al “más alto nivel posible” (tal como también lo exige el artículo 10º, inciso 1, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y que de conformidad con el artículo 2º, inciso 22, de la Constitución, toda persona tiene derecho “a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”, el antiguo texto del artículo 3º de la Ley N.º 28705 que daba a los propietarios de los establecimientos públicos cerrados “la opción de permitir el consumo de tabaco, en áreas designadas para fumadores”, resultaba inconstitucional, motivo por el cual el legislador ha actuado debidamente al derogarlo.
104. De esta manera, cuando los demandantes proponen como medida alternativa la creación de áreas para fumadores en los espacios públicos cerrados, no solo están proponiendo una medida que no contribuye en igual medida a alcanzar la finalidad que persiguen las prohibiciones cuestionadas (pues no disminuyen el consumo de tabaco con la intensidad con la que puede lograrlo la

prohibición absoluta de fumar en los espacios públicos cerrados y en los centros educativos), sino que además están proponiendo una medida inconstitucional.

105. Debe quedar claro además que resulta inocuo establecer a ciencia cierta cuál es el grado de afectación a la salud de los no fumadores que las “áreas para fumadores” en los locales públicos cerrados puede generar, puesto que existiendo un acuerdo técnico entre los entendidos en el sentido en que dicho daño existe, ese elemento de juicio resulta suficiente para considerar dicha posibilidad como inconstitucional. Tal como ha sostenido la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Tribunal comparte,

“[q]ueda pues claramente excluida de la labor del juez de control de constitucionalidad, valoración alguna sobre la certeza del alto, medio o bajo grado de afectación de las personas no fumadoras en ambientes alterados por el consumo de tabaco. Y, resulta por el contrario un deber ineludible, aplicar la Constitución mediante la protección de los derechos de los ‘fumadores pasivos’ a la salud y al medio ambiente sano, pues en el debate, propio más bien del escenario político, no se desmiente la afectación de la salud sino solamente su alcance.

De ahí, que la competencia del juez de control de constitucionalidad se circunscriba únicamente a avalar desde la Constitución la justificación de medidas tendientes a evitar que las personas que no consumen tabaco (menores en especial, pero también adultos), se vean de algún modo afectadas por aquellos que sí lo consumen. Esto, confirma de igual manera la impertinencia constitucional del argumento dirigido a sustentar la falta de justificación real de las políticas antitabaco, mediante la comparación con otras conductas que presuntamente tendrían tanta carga nociva para la salud como el consumo de tabaco. El estudio de los efectos en uno u otro sentido de las conductas de consumo de los ciudadanos, no es un aspecto que corresponda analizar al juez constitucional, en primer término; y en segundo, como se ha dicho, sólo basta que se haya comprobado algún grado de afectación de la salud de quienes acceden a ambientes alterados por consumo de tabaco, y ello es suficiente justificación para proteger los derechos de algunos en detrimento de los intereses de otros” (cfr. Sentencia C-639 de 2010, F. J. 8).

106. Ahora bien, por otra parte, la pretensión de los demandantes en el sentido de que se permita la existencia de espacios cerrados solo para fumadores conlleva la necesidad de abordar el problema acerca de cuál sería la situación fáctica y jurídica de los trabajadores de dichos espacios. Sobre el particular, los demandantes afirman lo siguiente: “existen otras medidas menos restrictivas que el legislador pudo aplicar, como permitir la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador” (escrito de demanda, p. 32, el énfasis es del original).

La previsión de los recurrentes en el sentido de que en tales locales solo labore “personal fumador”, estaría orientada a asegurar que la medida no afecte derechos fundamentales de terceros que no quieran, por propia voluntad, ver afectados tales derechos, con lo cual no existiría mella alguna al libre desarrollo de la personalidad. Por cierto, ello se conseguiría no necesariamente exigiendo la presencia de personal fumador, sino sencillamente la presencia de trabajadores que, siendo fumadores o no, hayan decidido por voluntad propia someterse a los peligros para la salud que el humo de tabaco genera.

107. En cualquier caso, incluso en el supuesto de los trabajadores que sean fumadores es claro que ellos no podrían fumar durante el ejercicio de sus labores, puesto que de conformidad con un extremo del artículo 3.1 de la Ley N.º 28705 (que no ha sido impugnado por los recurrentes), también se encuentra prohibido fumar “en los interiores de los lugares de trabajo”. Ello ha sido correctamente advertido por el Procurador del Congreso en la contestación de la demanda (p. 38).

108. De esta forma, los demandantes sugieren la permisión de una conducta que no limite sus efectos dañinos en el propio fumador, sino que se extiendan al trabajador, esta vez en calidad de fumador pasivo. Esto es, sugieren que, a través de esta permisión, los daños a la salud del trabajador sean asumidos como una suerte de *externalidad social* derivada de la supuesta obligación por parte del Estado de asumir ciertos costos en aras de hacer más viable la posibilidad de fumar por parte de quienes desean hacerlo. En tal sentido, incluso sugieren la siguiente posibilidad: “en el caso de los trabajadores de los establecimientos exclusivos para fumadores, el Estado podría contar con una legislación que regule dicha actividad considerándola como una actividad de riesgo (...) comprendida en el seguro complementario de trabajo de riesgo” (cfr. escrito de demanda, p. 33). Sobre esta posibilidad se ha insistido en el escrito presentado el 6 de julio de 2011 (p. 17).
109. Fumar forma parte del contenido constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad; ello ya quedó establecido. No obstante, es una conducta objetivamente dañina para la salud, no solo de quien la ejecuta, sino de todo su entorno. Por ello, aunque es un acto que el Estado no puede sancionar, no es un acto que deba incentivar. De hecho, el serio daño que ocasiona al derecho fundamental a la salud obliga al Estado a no llevar a cabo absolutamente ningún acto que facilite o promueva su realización. Más aún, como consecuencia de la suscripción del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, según quedó dicho, el Estado ha asumido ciertas obligaciones en búsqueda de desincentivar y reducir sustancialmente el consumo de tabaco y la exposición al humo del cigarro.
110. Por consiguiente, la sugerencia de los demandantes en el sentido de que sea el Estado quien asuma los costos de la libre decisión de fumar por parte de una persona, a través de un seguro complementario de riesgo, es contraria al deber constitucional de no promover esta acción objetivamente dañosa y contraria al valor salud. Fumar es un acto de libertad, y el Estado tiene el deber de reconocerlo. Pero eso es una cosa, y otra, muy distinta, pretender que so pretexto de ello tenga el deber de asumir algún costo por su ejecución, distinto de aquél que suponga la atención sanitaria del asegurado que, por libre decisión, decidió llevar a cabo una conducta que era muy probable que le genere daño (pero a él, y solo a él; toda otra posibilidad está constitucionalmente proscrita).
111. Por lo demás, los seguros complementarios de trabajos de riesgo, tienen, por antonomasia, el objetivo de solventar las atenciones de salud generadas por la realización de trabajos que, no obstante las afectaciones a la salud que su realización genera, son indispensables para la consecución del bien común, tales como la extracción de madera, explotación de minas de carbón, extracción de minerales, producción de petróleo crudo y gas natural, fabricación de textiles, industria de cuero, fabricación de sustancias químicas industriales, fabricación de productos plásticos, industria de hierro y acero, construcción de maquinarias, etc. Es decir, en estos casos, el costo asumido por el Estado, en general, obedece a la necesidad de incentivar y proteger frente a la relación de una actividad laboral que, pese a los riesgos para la salud que genera, se estima valiosa para la promoción del “bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, deber primordial del Estado, conforme al artículo 44° de la Constitución. Desde luego, fumar no contribuye a la realización de dicho fin social. *Ergo*, incurren en error los demandantes al sugerir que el Estado tendría el deber de asumir los costos sanitarios generados por una actividad laboral orientada a viabilizar la realización de un acto (fumar) que no solo agota toda su virtualidad en el llano placer de quien la lleva a cabo, sino que, además, en tanto epidémica, es causal de millones de muertes en el mundo.

112. En esa línea, el Tribunal Constitucional comparte la posición del *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, en el sentido de que “[l]os trabajos de riesgo son tales cuando el carácter riesgoso es inescindible a la actividad laboral, lo cual ciertamente no es el caso de bares o restaurantes u otros lugares públicos cerrados” (cfr. Informe, p. 5).
113. De otro lado, con relación a la prohibición de que se pueda fumar en las áreas abiertas de los centros educativos, los demandantes sostienen que “tampoco resulta necesaria; siendo posible adoptar medidas menos restrictivas; como por ejemplo prohibir el consumo de tabaco en los centros educativos únicamente cuando en estos acudan menores de edad o únicamente en los espacios cerrados” (cfr. escrito de demanda, p. 33; el énfasis es del original).
114. No obstante, las medidas propuestas por los recurrentes no cumplen con la finalidad de reducir el consumo de tabaco, cuando menos no con la misma intensidad con la que lo hace la prohibición absoluta de fumar en cualquier espacio de los centros educativos. A lo que cabe agregar que el Tribunal Constitucional comparte el siguiente criterio esgrimido por el Procurador del Congreso: **“resulta contradictorio que se permita la realización de un acto (consumo de tabaco), que trae devastadoras consecuencias para la salud humana, en un lugar (centro educativo universitario) que está dedicado a prestar un servicio público (educación), que tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana y proporcionarle conocimientos para lograr una mayor calidad de vida. Más aún, si tenemos en consideración que, en muchos casos, a dichos centros educativos también asisten menores de edad en los mismo horarios, quienes deben ser protegidos, sobre la base de lo establecido en la Constitución y en la Convención sobre los Derechos de Niño”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, pp. 12 – 13; el énfasis es del original).
115. En efecto, si el tabaco mata, cuando menos, a 5 millones de personas, fumadoras o no, anualmente en el mundo (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, p. 7), y de acuerdo al artículo 13° de la Constitución, “[l]a educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana”, resulta razonable que el acto de fumar se prohíba de manera absoluta en todo recinto educativo.
116. Debe tomarse en cuenta que, tal como han planteado el *O'Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco, “prohibiciones exhaustivas de fumar en universidades se han aprobado en países como Austria, Bolivia, Cuba, Egipto, Guatemala, India, Nueva Zelanda, Reino Unido y Uruguay, entre muchos otros [Alianza para el Convenio Marco (2008), Entornos libres de humo. Informe sobre la situación internacional al 31 de Diciembre de 2008, disponible en: [http://tobaccofreecenter.org/files/pdfs/es/SF\\_environments\\_report\\_es.pdf](http://tobaccofreecenter.org/files/pdfs/es/SF_environments_report_es.pdf)]. Subsidiariamente, es una medida que fortalece la protección de los jóvenes frente al tabaco ya que no hay garantías de que aún en instituciones de educación superior no asistan menores de edad. Teniendo en cuenta que está probado que la industria tabacalera apunta sus campañas de comunicación a niños y jóvenes [N. Hafez, P.M. Ling. *How Philip Morris Built Marlboro into a Global Brand for Young Adults: Implications for International Tobacco Control, Tobacco Control*, Vol. 14 No. 4 (2005) and G. Hastings, L. MacFadyen, *Keep Smiling: No-Own's Going to Die, British Medical Association Tobacco Control Resource Centre*, London, (2000)], las

medidas extra de protección ante estas estrategias pueden justificarse en compromisos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño” (cfr. Informe, p. 6).

117. En estricto pues, los recurrentes no ofrecen ninguna alternativa que permita apreciar que las prohibiciones cuestionadas no superan el subprincipio de necesidad. Ello obedece, fundamentalmente, a que no han considerado que las medidas adoptadas por el legislador tienen por finalidad no solo proteger la salud de los no fumadores, sino además reducir el consumo de tabaco, finalidad que, como ha quedado dicho, resulta plenamente válida, y además, constitucionalmente obligatoria.
118. Así las cosas, el Tribunal Constitucional considera que frente a las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, no existen medidas menos restrictivas de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, que permitan alcanzar cuando menos con igual idoneidad o satisfacción la reducción sustancial del consumo de tabaco, tal como lo exige el artículo 3° del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, protegiendo en igual grado la salud de los consumidores de tabaco y reduciendo, por tanto, en igual dimensión los costos sanitarios del tratamiento de las enfermedades que el tabaco genera. Por tal motivo, considera que las referidas prohibiciones superan el subprincipio de necesidad.
119. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que al momento de apreciar la existencia o no de medios alternativos a los adoptados por el legislador, que restrinjan menos los derechos fundamentales, pero cumpliendo con igual o mayor eficacia el fin buscado, el Tribunal Constitucional debe actuar bajo el principio de auto-restricción (*selfrestraint*), dado que el establecimiento de un umbral demasiado exigente al momento de valorar el cumplimiento del subprincipio de necesidad, puede culminar “asfixiando” las competencias del legislador en la elección de los medios más adecuados para la consecución de los fines constitucionalmente exigibles, generándose por esa vía una afectación del principio democrático representativo (artículo 93° de la Constitución) y una inobservancia del principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución y la leyes de conformidad con ésta (cfr. STC 5854-2005-PA, F. J. 12 c.)

### **§9. Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto?**

120. Queda por analizar si las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. De acuerdo con este subprincipio, una medida restrictiva de los derechos fundamentales, solo resultará ponderada, si el grado de incidencia que genera sobre el contenido de los derechos restringidos, es menor que el grado de satisfacción que genera en relación con los derechos y/o bienes constitucionales que busca proteger u optimizar.
121. En el rubro de la demanda dedicada a este punto, los recurrentes afirman lo siguiente: “**Si el consumo de tabaco en establecimientos exclusivamente para fumadores (donde trabaja personal fumador) no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores pues tales personas no acudirían a dichos lugares, no es razonable que se prohíba**” (cfr. escrito de demanda, p. 34; el énfasis es del original). Asimismo, señalan que “[s]i el consumo de tabaco en

espacios abiertos dentro de locales dedicados a la educación adulta como universidades, institutos o escuelas de postgrado, no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores, no es razonable que se prohíba” (cfr. escrito de demanda, p. 36). Ocurre, no obstante, que si no se prohíben estas acciones no se reduciría el consumo de tabaco, que es lo que se busca lograr.

122. Por su parte, el Procurador del Congreso, refiere lo siguiente:

“Respecto al **grado de realización de la protección del derecho a la salud**, (...) la medida impugnada (...) es idónea para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pues resulta indispensable para la prevención de enfermedades causadas por el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco. Además dicha medida coadyuva a que el Estado pueda realizar diversas acciones que (...) están encaminadas a garantizar la plena vigencia del derecho a la salud.

Con relación al **grado de afectación de los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa**, debemos señalar que **el ejercicio de estos derechos puede[] ser limitado[] por el derecho a la salud**. En ese sentido, el Tribunal Constitucional sostiene que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, como todo derecho, no es absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional. De otro lado, de acuerdo a lo establecido en la Constitución, el ejercicio de la libre iniciativa privada no debe atentar contra ‘los intereses generales de la comunidad’, mientras que el ejercicio de la libertad de empresa no debe poner en riesgo la salud de las personas.

**Si comparamos los aspectos analizados anteriormente (el grado de realización de la protección del derecho a la salud y el grado de afectación de los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa) podemos concluir que la medida impugnada resulta proporcional”** (cfr. escrito de contestación de la demanda, p. 60; el énfasis es del original).

123. En primer término, debe analizarse cuál es el grado de restricción del libre desarrollo de la personalidad que supone prohibir que se fume en los espacios públicos cerrados y en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación. Sobre el particular, se ha llegado a considerar que en razón de los efectos que produce la droga de la nicotina en la fisiología del fumador, difícilmente podría decirse que el fumar responda al libre desarrollo de la personalidad. Ese ha sido el parecer de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, al sostener lo siguiente:

“Hoy en día los científicos están de acuerdo en considerar que la nicotina tiene un papel fundamental en la producción de dependencia que caracteriza al hábito de fumar. Está comprobado fisiológicamente que la nicotina produce un efecto de tolerancia, es decir, después de varias horas de la administración de una gran cantidad de esta sustancia en el organismo ocurre una reducción de su efecto, y en este caso la solución encontrada por el fumador es incrementar la dosis para volver a lograr una acumulación de nicotina en el cuerpo que le resulte satisfactoria. La tolerancia se manifiesta en que luego de horas de haber administrado una considerable cantidad de nicotina en el organismo, los efectos de esta sustancia disminuyen, originando que el fumador busque incrementar las respectivas dosis para alcanzar un nivel de nicotina que le resulte satisfactorio [TEIXEIRA DO CARMO, Juliana, ANDRÉS-PUEYO, Andrés y Esther ÁLVAREZ LÓPEZ. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE TABAQUISMO. *Cuadernos de Saúde Pública* vol.21 N° 4 Río de Janeiro July/Aug. 2005 (en línea). En:[http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2005000400002](http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000400002). Fecha de consulta: 1 de junio de 2011].

Esta especial circunstancia con este producto que consumen millones de personas –el tabaco- que es cuestionado por la comunidad científica, nos lleva a concluir que, si en algún aspecto se puede considerar como tal, **la libertad de fumar no es libertad”** (cfr. Informe, p. 23; el énfasis es del original).

124. En relación con esta posición, los demandantes sostienen lo siguiente: “Considerar que el Estado puede, bajo el argumento de proteger la salud de los fumadores, prohibir fumar en determinados lugares en los cuales no se afecta a terceros implica asumir que existe una supuesta ‘debilidad de voluntad’ de los fumadores que amerita la intervención del Estado, pues como lo considera – increíblemente– el Informe de Amicus Curiae ‘*la libertad de fumar no es libertad*’. Estamos pues

ante una medida paternalista ilegítima que lesiona el libre desarrollo de la personalidad” (cfr. escrito de fecha 6 de julio de 2011, pp. 16 – 17).

125. No obstante, aún cuando los demandantes consideren que en el caso del fumador promedio esa “debilidad de la voluntad” es “supuesta”, debe reconocerse que, tal como ha planteado la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP está científicamente acreditado que muchos fumadores no fuman porque “quieren”, sino porque son adictos a la nicotina, el componente principal del tabaco que afecta al cerebro.

En efecto, tal como advierte el *National Institute on Drug Abuse* de los Estados Unidos,

“...la nicotina es adictiva. La mayoría de los fumadores utilizan el tabaco regularmente porque son adictos a la nicotina. La adicción se caracteriza por la búsqueda y uso compulsivo de las drogas, a pesar de las consecuencias negativas para la salud, y decididamente el tabaco se ajusta a esta descripción. Está bien documentado que la mayoría de los fumadores identifican al tabaco como dañino y expresan el deseo de reducir o parar su uso, y casi 35 millones de ellos tratan seriamente cada año de dejar de fumar. Desgraciadamente, menos del 7 por ciento de los que tratan de dejar el hábito por su cuenta logran más de un año de abstinencia. La mayoría tiene una recaída a los pocos días después de parar. (...).

Las investigaciones recientes muestran en detalle como la nicotina actúa sobre el cerebro para producir varios efectos sobre la conducta. De importancia primordial con relación a su naturaleza adictiva están los hallazgos que la nicotina activa el circuito del cerebro que regula los sentimientos de placer, también conocidos como las vías de gratificación. Un químico clave del cerebro que está implicado en el deseo de consumir drogas es la neurotransmisora dopamina, y las investigaciones han demostrado que la nicotina aumenta los niveles de dopamina en los circuitos de gratificación. Se ha encontrado que las propiedades farmacocinéticas de la nicotina también aumentan el potencial para su abuso. Fumar cigarrillos produce una distribución rápida de la nicotina al cerebro, llegando la nicotina a su nivel máximo a los 10 segundos de inhalada. Los efectos agudos de la nicotina se disipan en unos minutos, lo que causa que el fumador continúe dosificándose frecuentemente durante el día para mantener los efectos placenteros de la droga y evitar el síndrome de abstinencia.

Lo que las personas muchas veces no se dan cuenta es que el cigarrillo es un sistema sumamente eficiente y muy bien diseñado para dispensar la droga. Con cada fumada o ‘pitada’ que inhala, el fumador puede trasladar la nicotina rápidamente al cerebro. En un período de 5 minutos, un fumador típico le da 10 fumadas a un cigarrillo encendido. Por lo tanto, una persona que fuma alrededor de un paquete y medio (30 cigarrillos) al día, le da a su cerebro unos 300 ‘golpes’ diarios de nicotina. Estos factores contribuyen considerablemente a la naturaleza altamente adictiva de la nicotina”

(cfr. <http://www.nida.nih.gov/researchreports/nicotina/Nicotina2.html>).

126. Por consiguiente, en el caso de los adictos a la nicotina (es decir, en el caso de la mayoría de fumadores), estamos ante una compulsión interna sumamente fuerte que, si bien no puede decirse que desaparece, sí reduce considerablemente la libertad ejercida al momento de decidir fumar. Esto ha sido también advertido por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP en su Informe, haciendo mención de conclusiones de la *American Psychiatric Association*:

“El problema es difícil de afrontar, pues se trata de un producto que se consume bajo condiciones de dependencia, es decir, en donde las personas pueden perder su propia voluntad o libertad de elegir al asumir un hábito que ya no controlan. Según la ‘*American Psychiatric Association*’, el tabaco produce dependencia física y psicológica, por lo que se le considera una sustancia adictiva. Asimismo, indica que produce una tendencia a su uso continuado, incluso sabiendo el perjuicio que puede causar [SOTO MAS, F., VILLALBÍB, J.R., BALCÁZARA, H y J. VALDERRAMA ALBEROL. La iniciación al tabaquismo: aportaciones de la epidemiología, el laboratorio y las ciencias del comportamiento. (en línea) En: <http://www.elsevier.es/sites/default/files/elsevier/pdf/37/37v57n04a13036918pdf001.pdf>. Fecha de consulta: 1 de junio de 2011]” (p. 22).

127. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que la fisiología humana está constituida de forma tal que progresivamente genera mayores grados de tolerancia a la nicotina, por lo que, en el devenir

del tiempo, el fumador requiere mayores dosis de ella para generar la satisfacción deseada, provocando por consiguiente poco a poco un mayor daño a su salud, y, eventualmente, a la salud de terceros. Tal como refiere la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP, "...el tabaquismo puede llegar a generar comportamientos de tolerancia, síndrome de abstinencia y conducta compulsiva de consumo [SOTO MAS, F., VILLALBÍB, J.R., BALCÁZARA, H y J. VALDERRAMA ALBEROL. La iniciación al tabaquismo: aportaciones de la epidemiología, el laboratorio y las ciencias del comportamiento. (en línea) En: <http://www.elsevier.es/sites/default/files/elsevier/pdf/37/37v57n04a13036918pdf001.pdf>. Fecha de consulta: 1 de junio de 2011]. (...)" (cfr. Informe, p. 22).

128. Es por ello que en el caso de quienes son adictos a la nicotina, comúnmente, no sirven las campañas informativas, puesto que no se trata de que los fumadores no adviertan la dañosidad propia y social que genera su conducta, sino que no son del todo capaces, por propia voluntad, de superar el deseo, químicamente forjado en el cerebro, de fumar. De ahí que lleve razón Miguel Ramiro Avilés cuando sostiene que:

"...las campañas de información que tratan de prevenir el tabaquismo serán eficientes y deberán dirigirse especialmente hacia las personas que no han comenzado el consumo, mientras que en aquellas personas que ya llevan un tiempo fumando, la mera información no conseguirá que modifiquen su comportamiento si, además, no existen medios sanitarios específicos. Eso último se debe a que están sometidos a una compulsión interna, su dependencia, que enturbia la comprensión de la información. La política pública sanitaria contra el consumo de tabaco deberá, por lo tanto, adoptar ambas medidas si quieren ser verdaderamente efectivas. Lo que no debería hacerse es dar sólo información a la persona que es fumadora habitual porque su incompetencia no viene determinada por la falta de información sino por estar sometido a una compulsión interna" (cfr. "A vueltas con el paternalismo jurídico", ob. cit., p. 233, nota 95).

129. Siendo así las cosas, ¿puede decirse que las medidas adoptadas para reducir el consumo de tabaco en personas adictas a la nicotina constituye una afectación seria del libre desarrollo de su personalidad? Evidentemente no. Se trata, en todo caso, de restricciones mínimas toda vez que incluso en estas circunstancias puede ser puesto en duda el grado de manifestación de dicha libertad.

130. Ahora bien, no puede negarse la existencia de personas que, pese a no ser adictas al tabaco, deciden fumar. En ellas las restricciones al libre desarrollo de la personalidad que las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos representan, son mayores que en el caso de los adictos. Pero, a pesar de ello, ¿puede decirse que se trate de restricciones graves?

131. Aún cuando, según ha quedado establecido, fumar pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, es claro que no todas las manifestaciones del ejercicio de la libertad son axiológicamente idénticas. No es posible comparar los actos de libertad que procuran la satisfacción o cobertura de necesidades básicas para poder construir un proyecto de vida (bienes primarios, en la terminología de Rawls en su *Teoría de la Justicia*) con aquellos actos de *agere licere* que no definen la esencia de un proyecto vital, sino que solo procuran la satisfacción de intereses o placeres no esenciales (bienes secundarios, en la terminología de Rawls). En el Estado Constitucional, en abstracto, solo los primeros actos de libertad tienen un valor de alta intensidad, mientras que los segundos, sin negar que merecen reconocimiento y cierto grado de protección, gozan de un valor de menor intensidad.

Y si bien es verdad que en determinados casos la separación entre bienes primarios y bienes secundarios, puede resultar discutible, a juicio del Tribunal Constitucional, fumar a todas luces

satisface solamente bienes secundarios. No solamente porque es claro que no contribuye a la cobertura de ninguna necesidad básica, sino porque es un acto intrínsecamente dañino, al generar, como ha quedado dicho, la muerte anual promedio de más de 5 millones de personas en el mundo, motivo por el que justificadamente el tabaquismo ha sido considerado como una epidemia.

132. En relación con los problemas de salud que el tabaco genera en el hogar, los demandantes han sostenido que las prohibiciones normativas cuestionadas no son proporcionadas, pues no harán sino agravar tales problemas. En efecto, en la demanda se manifiesta lo siguiente: “prohibiendo el consumo de tabaco en lugares exclusivamente para fumadores, de acceso público o restringido, se está promoviendo de forma indirecta que aumente el consumo en los hogares de los fumadores, único espacio que les quedará para su consumo. En este contexto, ¿quién va a proteger al resto de los habitantes del hogar de la exposición al humo del tabaco? Los niños y niñas de padres o hermanos que fuman recibirán de forma directa el humo que se emana al consumirlo. Peor aún, es lógico suponer que un niño o niña que ve a sus padres o hermanos fumar, tendrá más posibilidades de convertirse en fumador, por imitación del modelo. En suma, se logra todo lo contrario a lo buscado, se aumenta la exposición de los menores de edad al humo de tabaco y se incentiva su consumo” (cfr. escrito de demanda, p. 36).
133. Existen dos razones fundamentales por las que el Tribunal Constitucional no puede compartir este criterio de los demandantes. En primer lugar, porque existen razones empíricas que permiten constatar que las conclusiones a las que arriban son falsas. En efecto, según la Organización Mundial de la Salud, “[l]as legislaciones que crean espacios públicos libres de humo de tabaco (...) alientan a las familias a mantener sus hogares libres de humo (...), protegiendo así a los niños y otros miembros de la familia contra el tabaquismo pasivo (...). En Australia, la introducción, en los años noventa, de leyes que crean lugares de trabajo libres de humo de tabaco, ha ido acompañada gradualmente de un incremento de la proporción de adultos que evitan exponer a sus hijos al humo de tabaco ajeno en el hogar (...). Incluso entre los fumadores, es bastante frecuente que tomen la iniciativa de no fumar en casa tras la promulgación de una legislación integral sobre ambientes libres de humo de tabaco” (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, p. 30).

Asimismo, tal como han señalado el *O’Neill Institute for National and Global Health Law*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, la *Campaign for Tobacco Free Kids* y la Alianza para el Convenio Marco,

“[u]na encuesta llevada a cabo por la Action on Smoking and Health UK (Acción para el Tabaco y la Salud del Reino Unido), la organización Asthma UK, y la British Thoracic Society (Sociedad Británica de Tórax) consultó a las personas que se encontraban expuestas al humo antes y después de la legislación de ambientes libres de humo cerca de sus niveles de exposición al humo de segunda mano en el hogar. Los resultados revelaron que la exposición había disminuido considerablemente debido a que la ley alentaba a las personas a hacer que sus hogares fueran ambientes libres de humo [ASH UK. *As the smoke clears: The Myths and Realities of Smokefree England*. October 2007. Disponible en: <http://smokefree.ash.positive-dedicated.net/pdfs/mythsandrealitiesofsmokefreeengland.pdf>]” (cfr. Informe, p. 6).

134. La segunda razón por la que este Colegiado discrepa del planteamiento de los demandantes, es porque en él subyace una falta de reconocimiento del deber que también compete a los privados, y singularmente a los padres de familia, en la debida promoción de los valores constitucionales. En efecto, la pregunta de los recurrentes en el sentido de que ante las prohibiciones cuestionadas... “¿quién va a proteger al resto de los habitantes del hogar de la exposición al

humo del tabaco?”, pareciera sugerir que ante la decisión por parte del legislador de –en ánimo de proteger el derecho fundamental a la salud y cumplir las obligaciones internacionales asumidas en este sentido– prohibir el consumo del tabaco en los locales públicos cerrados, se estaría obligando inevitablemente a los padres a fumar en sus casas, perjudicando seriamente la salud de sus hijos e incentivándolos a incursionar en esta actividad adictiva. Esta perspectiva olvida que, de conformidad con el artículo 5° de la Constitución “[e]s deber de los padres (...) educar (...) a sus hijos” y que conforme al artículo 38° de la Constitución, “[t]odos los peruanos tienen el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución”, lo cual exige asumir que todo padre tiene el deber constitucional de no llevar a cabo en el hogar conductas que puedan violar el derecho fundamental a la salud de sus hijos. Es evidente que, salvo en circunstancias absolutamente excepcionales, no compete al Estado subrogarse a los padres en la protección de los hijos, pues incurriría en una violación de la autonomía de decisión familiar (artículo 6° de la Constitución) y de la intimidad familiar (artículo 2°, inciso 7, de la Constitución); paradójicamente, eso sí que constituiría una medida paternalista injustificada en el Estado Constitucional.

Desde luego, si como consecuencia de las prohibiciones normativas impugnadas en esta causa, un padre decide fumar en su hogar frente a sus hijos, será llana consecuencia de su desapego por los valores constitucionales y de su lamentable falta de respeto por los derechos fundamentales de los suyos, y no porque el legislador así lo haya deseado o provocado, pues claro está que su propósito es, por el contrario, reducir sustancialmente el consumo de tabaco en la sociedad peruana (y, afortunadamente, según ha quedado establecido, hay razones empíricas para sostener que las medidas adoptadas, progresivamente, cumplen con tal objetivo).

135. La prohibición de que se creen espacios públicos cerrados solo para fumadores, por su parte, tal como quedó establecido, restringe los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, en tanto ya no es posible decidir libremente la creación de espacios de estas características. ¿En qué medida lo hace?

136. Con relación a ello, la Organización Mundial de la Salud ha revelado lo siguiente:

“Pese a las voces de alarma lanzadas desde la industria tabacalera y la hostelería, la experiencia ha demostrado que en todos los países en los que se ha introducido una legislación sobre ambientes libres de humo de tabaco, los espacios libres de humo de tabaco gozan de gran aceptación, que no se han registrado problemas para aplicar o hacer cumplir las medidas conexas, y que el impacto en la actividad empresarial, incluida la hostelería, es nulo o positivo (...). Se han alcanzado conclusiones similares en todas las jurisdicciones examinadas, entre ellas Australia, el Canadá, los Estados Unidos de América y el Reino Unido (...); Noruega (...); Nueva Zelanda (...); el estado de California (...); la ciudad de Nueva York (...); y varios estados y municipios de los Estados Unidos de América (...)

En la ciudad de Nueva York, donde la legislación sobre ambientes libres de humo de tabaco se implantó en dos etapas (una primera fase, en 1995, que abarcaba la mayoría de los lugares de trabajo, incluida la mayor parte de los restaurantes, y una segunda fase, en 2003, en la que la prohibición se hizo extensiva a los bares y al resto de los restaurantes), el empleo en el sector de la restauración aumentó tras la promulgación de la ley de 1995 (...). La tasa de empleo combinada correspondiente a los bares y los restaurantes y los ingresos de esos sectores aumentaron en el año siguiente a la adopción de la ordenanza de 2003 (...), tendencia ésta que se ha mantenido desde entonces.

Tampoco se observaron tras la introducción de una legislación completa sobre los ambientes libres de humo de tabaco cambios estadísticos significativos en los indicadores económicos referentes a la industria hostelera en Massachusetts (...), ni perjuicios económicos en los establecimientos de restauración y bares en la ciudad estadounidense de tamaño medio de Lexington (Kentucky) (...), ni ningún impacto económico adverso en el turismo en Florida (...). Se comprobó asimismo que en lo que respecta a la venta de bares ubicados en comunidades con leyes sobre ambientes libres de humo de tabaco los precios eran similares a los pagados por locales similares en zonas en las que no se aplican restricciones antitabáquicas (...). Este tipo de datos probatorios de carácter económico pueden ser de utilidad para demostrar que las afirmaciones de la industria

tabacalera según las cuales la creación de ambientes libres de humo de tabaco causa perjuicios económicos son infundadas” (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Consecución de ambientes libres de humo de tabaco*, p. 31).

137. Consiguientemente, aunque en abstracto la prohibición de que existan espacios públicos solo para fumadores puede mostrarse como restrictiva de los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, los datos objetivos y concretos muestran que tales restricciones son sumamente leves o incluso nulas.
138. Por otro lado, cuando se analizó el subprincipio de idoneidad, se evidenció el alto grado de satisfacción con el que las prohibiciones cuestionadas cumplen con la finalidad de reducir el consumo de tabaco, lo cual evidentemente redundaría en la mayor protección del derecho a la salud de los fumadores y en la reducción de los costos sanitarios que el consumo de tabaco ocasiona, siendo la salud un derecho y valor fundamental de nuestro sistema constitucional, pues es imperativa su protección para que el ser humano pueda ejercer su autonomía moral y, en definitiva, desarrollarse en dignidad (artículo 1º de la Constitución).
139. El tabaquismo (se ha dicho en más de una oportunidad en esta sentencia) es una epidemia: “Entre los cinco principales factores de riesgo de mortalidad, es la causa de muerte más prevenible. El 11% de las muertes por cardiopatía isquémica, la principal causa mundial de muerte, son atribuibles al consumo de tabaco. Más del 70% de las muertes por cáncer de pulmón, bronquios y traquea son atribuibles al consumo de tabaco. Si se mantienen las tendencias actuales, el consumo de tabaco matará a más de 8 millones de personas al año en 2030. La mitad de los más de 1000 millones de fumadores morirán prematuramente de una enfermedad relacionada con el tabaco” (cfr. [http://www.who.int/tobacco/health\\_priority/es/index.html](http://www.who.int/tobacco/health_priority/es/index.html) –Organización Mundial de la Salud–).
140. Dado que el tabaquismo es una epidemia que sitúa en grave riesgo el derecho a la salud tanto de los fumadores como de los no fumadores, pudiendo generar en muchos casos daños irreparables, las medidas que en cumplimiento de las obligaciones del Estado se dicten “a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco” (artículo 3º del Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco), gozan del mayor grado de relevancia jurídica y ética en el marco de un Estado Constitucional, sobre todo si, como ha quedado demostrado en esta causa, alcanzan dicha finalidad con un alto grado de satisfacción.
141. En consecuencia, dado que las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores, y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, restringen solo en menor grado los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, y, en contraposición a ello, alcanzan en un nivel altamente satisfactorio la protección del derecho fundamental a la salud, reduciendo significativamente el consumo de una sustancia con alto efecto adictivo y sumamente dañina no solo para la salud de quien fuma, sino también para quien no lo hace, el Tribunal Constitucional considera que tales prohibiciones superan el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto y resultan, en definitiva, constitucionales. Corresponde, por consiguiente, desestimar la demanda.

**§10. Imposibilidad de adoptar medidas futuras que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo.**

142. Antes de dar por concluida esta causa, el Tribunal Constitucional considera fundamental señalar que, conforme a las consideraciones que a continuación se desarrollan, no resulta constitucionalmente posible que en el futuro la legislación retroceda en las medidas actualmente adoptadas para reducir el consumo de tabaco en la sociedad peruana.
143. Como ya se ha mencionado, el artículo 7° de la Constitución establece lo siguiente: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”. Por su parte, el artículo 12°, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, establece lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del *más alto nivel posible* de salud física y mental” (énfasis agregado). En sentido sustancialmente análogo, el artículo 10°, inciso 1, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), establece lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del *más alto nivel* de bienestar físico, mental y social” (énfasis agregado).

En consecuencia, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Fundamental, en virtud de la cual, los derechos fundamentales reconocidos por ésta, “se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”, el Estado no solo tiene la obligación de proteger el derecho a la salud, sino de protegerlo con el objetivo de que el ser humano goce de este derecho fundamental *en el máximo nivel posible*.

144. De otra parte, como consecuencia de la celebración del referido Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Estado peruano se ha comprometido a “[l]a prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas” (artículo 12°, inciso 2, literal c). El tabaquismo ha sido considerado tanto por la Organización Mundial de la Salud (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Crear ambientes libres de humo*) como por la Organización Panamericana de la Salud (cfr. *La epidemia de tabaquismo. Los gobiernos y los aspectos económicos del control del tabaco. Publicación Científica N.º 577, 2000*) como una epidemia, es decir, como el origen de una suma de enfermedades que atacan simultáneamente a un gran número de personas y que tiende a propagarse. Ello en razón fundamentalmente de lo siguiente: “El consumo de tabaco es la causa principal de muerte evitable y se calcula que cada año mata a más de 5 millones de personas en el mundo. La mayor parte de estas muertes ocurren en países de ingresos bajos y medianos. Si no hacemos nada al respecto, se prevé que en los próximos decenios aumentará la diferencia de mortalidad con respecto a los países de ingresos altos. De persistir las tendencias actuales, en 2030 el tabaco matará a más de 8 millones de personas cada año en el mundo y el 80% de esas muertes prematuras ocurrirán en los países de ingresos bajos y medianos. A menos que actuemos de manera urgente, a finales del presente siglo el tabaco puede matar a mil millones de personas” (cfr. *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo, 2009. Crear ambientes libres de humo*, p. 1).

Todo ello ha sido confirmado en el último *Informe OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo 2011. Advertencia sobre los peligros del tabaco*, presentado el 7 de julio de 2011, en la ciudad de Montevideo, Uruguay. En efecto, en el resumen ejecutivo de dicho Informe, se señala lo siguiente: “El tabaco sigue siendo la primera causa mundial de muertes prevenibles. Cada año mata a cerca de 6 millones de personas y causa pérdidas económicas de cientos de miles de millones de dólares en todo el mundo. La mayoría de esas muertes corresponden a los países de ingresos bajos y medios, y se espera que esta disparidad siga aumentando en los decenios venideros” (p. 1). Por cierto, en la

versión completa del Informe se destaca el caso del Perú como uno de los países que más recientemente ha prohibido legalmente el consumo de tabaco en espacios públicos cerrados y en los lugares de trabajo, junto con Burkina Faso, España, Nauru, Pakistán, y Tailandia (cfr. *Who Reporto on the global tobacco epidemic, 2011. Warning about the dangers of tobacco*, pp. 43, 51 y 53).

145. Que el tabaquismo es una epidemia, ha sido reconocido por el Estado peruano al haber suscrito el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. En efecto, por vía de la ratificación de dicho Convenio, el Estado peruano, entre otras cosas, reconoce expresamente “que la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral”, y “que la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco”.
146. De otro lado, de acuerdo con el artículo 2º, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Estado peruano “se compromete a adoptar medidas, (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de[l derecho fundamental a la salud]”. Es un compromiso esencialmente idéntico al derivado de los artículos 1º y 2º del Protocolo de San Salvador y del artículo 26º de la Convención Americana de Derechos Humanos. De acuerdo a la Observación General N.º 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –establecido en virtud de la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)–, “[s]i bien corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del pacto en la legislación nacional, los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte” (cfr. Observación General N.º 9, “Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales”, 19no. Período de Sesiones, 3 de diciembre de 1998). Por su parte, de acuerdo a la Observación General N.º 3 del referido Comité “la principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2º es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos (en el Pacto)’”, señalándose que “el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, (...) no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. (...). [L]a frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (cfr. Observación General N.º 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, 5to. Período de Sesiones, 14 de diciembre de 1990).

147. Debe tomarse en cuenta, asimismo, que, tal como ha quedado establecido, de acuerdo al artículo 3° del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, la finalidad de reducir el consumo y la exposición al humo del tabaco, debe ser alcanzada de manera “continua”, lo cual, a juicio de este Tribunal, implica la imposibilidad de retroceder en los pasos dados orientados a su consecución.
148. Tomando en consideración los criterios desarrollados en los fundamentos jurídicos precedentes, es decir, que el Estado tiene el deber de proteger el derecho a la salud en el máximo nivel posible, que el tabaquismo es una epidemia, que los derechos deben ser protegidos a través de medidas progresivas, lo cual implica que, salvo circunstancias altamente excepcionales, las medidas legales adoptadas para proteger la salud, marcan un punto de no retorno, y que, de acuerdo al artículo 3° del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, la finalidad de reducir el consumo y la exposición al humo del tabaco debe ser alcanzada de manera “continua”, se encuentra constitucionalmente prohibido que en el futuro se adopten medidas legislativas o de otra índole que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo, en comparación a la manera cómo lo hace la legislación actual.

## V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

### HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. De conformidad con los fundamentos 142 a 148 *supra*, en atención a lo previsto en el artículo 3° del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, y al deber del Estado de proteger en el más alto nivel posible y de manera progresiva el derecho fundamental a la salud, reconocido en el artículo 7° de la Constitución, se encuentra constitucionalmente prohibido que en el futuro se adopten medidas legislativas o de otra índole que protejan en menor grado el derecho fundamental a la salud frente a la epidemia del tabaquismo, en comparación a la manera cómo lo hace la legislación actual.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ**  
**BEAUMONT CALLIRGOS**  
**CALLE HAYEN**  
**ETO CRUZ**  
**URVIOLA HANI**

## FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS BEAUMONT CALLIRGOS Y ETO CRUZ

Estando conforme con la parte resolutive del presente fallo, deseamos, no obstante, añadir las siguientes consideraciones, a manera de fundamento de voto.

### §1. Delimitación de la controversia

1. La presente demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad del artículo 3º de la Ley N.º 28705 –Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco–, modificado por el artículo 2º de la Ley N.º 29517, el cual establece:

“Prohíbase fumar en los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público, los que son ambientes ciento por ciento libres de humo de tabaco”

2. Sin embargo, como bien se precisa en el fundamento 12 de la sentencia, la demanda se circunscribe a cuestionar la constitucionalidad de dos sentidos interpretativos de esta disposición, a saber: a) Prohíbase la creación de espacios públicos cerrados sólo para fumadores; y) Prohíbase fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean sólo para adultos.

### §2. Sobre el paternalismo y el perfeccionismo como modos de intervención estatal en la autonomía de la persona.

3. A fin de evaluar la constitucionalidad de las normas impugnadas, que prohíben fumar en determinados establecimientos y ambientes públicos, es precisamos abordar el estudio de la naturaleza jurídica que ostentan estas medidas estatales, en tanto que regulaciones orientadas a preservar determinados bienes jurídicos que la Constitución tiene por relevantes.
4. En ese sentido, conviene destacar que, al igual como sucede con la penalización del consumo de drogas o la obligatoriedad de llevar puesto el cinturón de seguridad, la regulación estatal sobre el uso del tabaco suele ser identificada como una medida de intervención estatal en asuntos cuya conveniencia incumbe evaluar *prima facie* a los propios individuos. Se afirma, en tal sentido, que el Estado sólo podría decidir cuál es el modelo de vida que han de observar las personas, a costa de negar la autonomía que a éstas les asiste.
5. Sin embargo, para entender esta afirmación en sus correctos términos, es necesario acudir a la clásica distinción, acuñada por la filosofía moral, entre *paternalismo* y *perfeccionismo*, en tanto que medidas orientadas a imponer un cierto patrón de conducta a los ciudadanos. En efecto, como bien señala Nino

“(…) el perfeccionismo debe ser cuidadosamente distinguido del paternalismo estatal, que no consiste en imponer ideales personales o planes de vida que los individuos no han elegido, sino en imponer a los individuos o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente”<sup>[1]</sup>.

6. Desde esta perspectiva, resulta evidente que, a diferencia del modelo propugnado por las políticas perfeccionistas (por definición, verticales y totalitarias, y en ese sentido, sin cabida en el Estado constitucional), el paternalismo estatal, por el contrario, promueve la libertad de elección de formas de vida, proveyendo a tal efecto la información que pueda resultar relevante (como la que se refiere a los daños del consumo de tabaco), haciendo más difíciles ciertos pasos y obligando de esa manera a que se medite más cuidadosamente acerca de ellos (como en el caso de los trámites para el casamiento y el divorcio), eliminando ciertas presiones que puedan determinar que se tomen decisiones autodañosas (como cuando se hace punible el desafío al duelo), etc<sup>[2]</sup>.
7. Debe tenerse presente que el modelo paternalista difiere notoriamente en sus postulados dependiendo del interés o derecho que se busca proteger. Así pues, tratándose de la defensa de *derechos civiles y políticos* (como a la vida o a la libertad religiosa), la actuación estatal asume un cariz básicamente restrictivo, por cuanto la expansión de esta clase de libertades requiere, precisamente, de la menor injerencia del Estado. En cambio, cuando las medidas de protección se encuentran orientadas a maximizar *derechos de carácter prestacional* (como a la salud o a la educación), una mayor intervención del Estado encuentra justificación en la necesidad de que determinadas barreras puedan ser superadas a fin de lograr un contexto de igualdad sustancial entre las personas. La acción del Estado, en este supuesto, halla su razón de ser en el principio de solidaridad y en la noción de reciprocidad.
8. Con todo, la imperiosa necesidad de que la actuación estatal no represente una intervención desmedida en la vida de los ciudadanos (independientemente del derecho fundamental que se busque optimizar), obedece no sólo a aquella ideología de cuño liberal que ha permitido posicionar a la persona humana como centro y justificación del Estado y de la sociedad, sino que responde también a la exigencia de que la autonomía personal, en tanto que valor inherente al Estado constitucional, quede preservada en el contexto de la ordenación de la vida en sociedad. Ello, con mayor razón si, como es justo reconocer, un Estado que entiende que su tarea principal consiste en intervenir en los proyectos de vida de sus ciudadanos, corre el riesgo de convertirse en un Estado totalitario, que termina subordinando el ejercicio de los derechos a un pretendido “interés general”, que en la práctica no es más que el interés personal del gobernante de turno.
9. Así pues, cuando nuestra Constitución señala que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado” (artículo 1º), agregando seguidamente que “[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (artículo 24º inciso a), presupone que esa dignidad requiere de un contexto favorable a la maximización de la libertad general de acción de las personas, esto es, la capacidad de éstas para poder autodeterminarse, dándose sus propias normas y optando por el proyecto de realización personal que mejor les plazca, siempre que dicho plan vital no afecte a terceras personas<sup>[3]</sup>.
10. La autonomía personal, entendida como un valor inherente al Estado constitucional, en su interacción con los demás principios y valores, ha sido inmejorablemente definido, como señala el fundamento 18 de la sentencia, por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 4º establece que “[l]a libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros

límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley”. En el mismo sentido, se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 29° inciso 2 señala que “[e]n el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

11. Sin embargo, el principio de no afectación a terceros como *único* límite a la autonomía de la voluntad, y por extensión, al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en nuestra Carta Magna, no puede ser entendido como una subordinación al interés general o a la conveniencia de las mayorías. En efecto, es evidente que los derechos fundamentales, antes bien que absolutos, son relativos, habida cuenta que su goce y ejercicio se encuentran limitados por otros derechos y bienes constitucionales que ostentan igual valía y que, por ende, merecen igual protección constitucional. De ahí que el principio según el cual cada quien puede elegir libremente su proyecto de vida, puede ser limitado o restringido en ciertos supuestos, pero siempre a condición de que tales restricciones satisfagan los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.
12. Sin embargo, cuando una determinada política estatal restringe la libertad general de acción de las personas, con sustento en la necesidad de atender el interés general de las mayorías, no existiendo ningún riesgo de afectación a terceros, el Estado no hace más que sacrificar arbitrariamente el ejercicio de los derechos sobre la base de un criterio utilitarista basado en la lógica del costo-beneficio, desconociendo a la par el valor que tales derechos ostentan en el Estado constitucional. Muy el contrario, el entendimiento de los derechos fundamentales como conquistas frente a las mayorías presupone que el haz de posiciones jurídicas que ellos protegen han de prevalecer sobre la *noción abstracta* del interés social, por la sencilla razón de que “un derecho en contra del gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese ‘algo’ se haga”<sup>[4]</sup>.
13. Por este motivo, para que una determinada limitación en la esfera de la autonomía personal aparezca como una medida razonable y proporcional, ella debe encontrar su fundamento en la protección de derechos concurrentes de personas concretas, individualmente consideradas (respecto de los cuales sea posible demostrar una *relación de causalidad* en sentido estricto), antes bien que en irreales “derechos” o “preferencias” de las mayorías. De este modo, como bien señala Nino, los derechos fundamentales, hoy como antes, se encuentran orientados a resguardar ciertos intereses que pueden ser minoritarios “contra la posibilidad de que sean avasallados cada vez que se demuestre que la mayoría de la sociedad se vería beneficiada si esos intereses fueran frustrados”<sup>[5]</sup>.
14. En el caso *sub litis*, por ejemplo, una justificación alusiva al denominado “interés de las mayorías” consistiría en afirmar que el uso del tabaco tendría que ser restringido porque la pérdida de vidas o capacidad productiva de los fumadores habituales disminuye su contribución al bienestar general. Naturalmente, restringir (o peor aún, prohibir) el consumo de tabaco en base a este tipo de razones, equivaldría a tratar de imponer la moral subjetiva del legislador a través del derecho, convirtiéndose aquélla en una medida manifiestamente irracional y desproporcionada, y ciertamente perfeccionista, sobre todo si tenemos en cuenta que, en no pocos casos, el hábito de fumar es libremente elegido por las personas como un modelo de vida. Este sería el caso, por citar sólo un ejemplo, de nuestro escritor Julio Ramón Ribeyro, quien en un interesante pasaje de su relato “Sólo para fumadores”, deja entrever esta posibilidad, describiendo lo siguiente:

“[e]l cigarrillo, aparte de una droga, era para mí un hábito y un rito. Como todo hábito se había agregado a mi naturaleza hasta formar parte de ella, de modo que quitármelo equivalía a una mutilación; y como todo rito estaba sometido a la observación de un protocolo riguroso, sancionado por la ejecución de actos precisos y el empleo de objetos de culto irremplazables. Podía así llegar a la conclusión que fumar era un vicio que me procuraba, a falta de placer sensorial, un sentimiento de calma y de bienestar difuso, fruto de la nicotina que contenía el tabaco y que se manifestaba en mi comportamiento social mediante actos rituales”<sup>161</sup>.

15. Ahora bien, la sentencia afirma, en su fundamento 34, que la finalidad del ámbito normativo cuestionado consiste, sobre todo, en “reducir el consumo de tabaco (finalidad inmediata) para proteger la salud de los propios fumadores (primera finalidad mediata)”. En este punto, el Tribunal reconoce que muchos fumadores no fuman porque “quieren”, sino porque son adictos a la nicotina, el componente principal del tabaco que afecta al cerebro, razón que le lleva a afirmar, respecto de tales personas, que las prohibiciones cuestionadas aparecen como *restricciones mínimas*. Pese a ello, no niega la existencia de personas que, a pesar de no ser adictas al tabaco, decidan fumar. Sin embargo, respecto de ellas, opina el Tribunal que las prohibiciones impugnadas constituyen restricciones leves, dado que el acto de fumar “a todas luces satisface solamente bienes secundarios”, pues no contribuye a la cobertura de ninguna necesidad básica.
16. Coincidimos plenamente con la calificación de las prohibiciones aquí cuestionadas como medidas paternalistas justificadas en el Estado Constitucional, puesto que, tal como se reconoce en el fundamento 56 de la sentencia, una circunstancia excepcional para limitar el libre desarrollo de la personalidad es cuando existen sospechas fundadas de que la conducta de la persona no es consecuencia de una voluntad libremente adoptada, sino de algún elemento interno que la afecta sensiblemente. Dicho en otras palabras, sin ser una medida perfeccionista (puesto que no impone un determinado modelo de vida), sí califica como una medida paternalista (puesto que busca proteger al adicto de la debilidad de su voluntad). Pero, cabe preguntarse: ¿sucede lo mismo respecto a la generalidad de fumadores habituales, que no son adictos a la nicotina?
17. A nuestro juicio, la caracterización del acto de fumar como una “necesidad secundaria” para los no adictos, no llega a justificar la medida consistente en su total prohibición, puesto que ello sería tanto como afirmar que deberían prohibirse todas las “actividades banales” existentes en la sociedad. Ahora bien, es cierto que, como se señala en el fundamento 38, las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad que el Estado está obligado a proteger y promover son aquellas necesarias para la cobertura de necesidades básicas, y no las que se reducen a cubrir intereses o placeres que no son consustanciales al plan de vida de las personas. Sin embargo, nos parece justo reconocer que la justicia constitucional no podría definir, en un solo momento y para siempre, cómo así deben calificarse tales preferencias, es decir, si las restricciones a las mismas pueden ser calificadas de *leves*, *medias* o *graves* para la persona. La determinación objetiva de la gravedad de una limitación al libre desarrollo de la personalidad es un asunto que debe ser analizado de un modo casuístico, con mayor razón si convenimos que el Estado, si bien puede desmotivar ciertas conductas orientadas a satisfacer bienes “no esenciales”, no podría prohibirlas de un modo absoluto.
18. Tanto la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, como el derecho de propiedad (que implica entre otros contenidos el derecho al disfrute de bienes), son derechos fundamentales que también resultan comprometidos en el presente caso, toda vez que más allá de las restricciones que operan sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad (en la medida que no se podrá fumar en ningún lugar público cerrado y en la áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos), también los derechos antes mencionados se verán restringidos en la medida en que, por ejemplo, determinados locales públicos cerrados (restaurantes, centros comerciales, discotecas, etc.), verán

disminuidas sus ganancias y sus expectativas empresariales debido a la reducción del número de consumidores-fumadores que acudían a los mismos, así como la reducción de ingresos producto de la publicidad del tabaco, entre otros aspectos. Por ello, más allá de la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas estimo que se debe exhortar a las municipalidades y al Parlamento, establecer en su respectivo ámbito, *medidas de compensación* (reducción de algunos tributos, beneficios, por ejemplo) que en alguna medida puedan resarcir una expectativa de ganancia que cuando dichos negocios empezaron el Estado les autorizaba legítimamente.

Por estas consideraciones, somos de la opinión que la demanda de inconstitucionalidad de autos debe ser declarada **INFUNDADA**.

Sres.

**BEAUMONT CALLIRGOS**  
**ETO CRUZ**

## VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión vertida por el resto de mis colegas magistrados, emito el siguiente voto singular, por las siguientes consideraciones

### ***Delimitación del petitorio***

1. Conforme se advierte del tenor de la demanda, los recurrentes cuestionan la constitucionalidad de la Ley N° 28705 Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco en los extremos que proscriben en forma absoluta fumar (i) en ambientes públicos cerrados, y (ii) en los espacios abiertos de instituciones educativas para adultos.

### ***Consideraciones Preliminares: Fumar como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad***

2. Según la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos fundamentales. Por ello, comparto lo señalado por el Tribunal Constitucional Español en el sentido que *“la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”*.<sup>171</sup>
3. En tal virtud, resulta inherente a la dignidad, *“un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanar todos y cada uno de los derechos del ser humano”*.<sup>181</sup> En efecto, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que *“(…) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (…)”*; el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que *“(…) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”* sino que *“(…) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”*.
4. Ahora bien, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha señalado que la dignidad tiene un doble carácter, esto es, como principio y como derecho fundamental, *“en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación*

*del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares”.*<sup>[9]</sup> Mientras que “en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos”.<sup>[10]</sup>

5. De modo que, “del reconocimiento de la dignidad del ser humano como fundamento del orden constituido se sigue el reconocimiento de éste como un ser libre, esto es, como un ser con capacidad de autodeterminación y con legitimidad para exigir la protección de esa capacidad; como un ser susceptible de trazarse sus propias expectativas, habilitado para tomar sus propias decisiones, legitimado para elegir sus opciones vitales y capaz de actuar o de omitir de acuerdo con sus necesidades y aspiraciones; en fin, como un ser que se sabe amparado por una cláusula general de libertad y dispuesto a hacer uso de ella para realizar su existencia”.<sup>[11]</sup> En esa línea, corresponde a cada persona establecer sus propias “opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad”.<sup>[12]</sup> Desde luego, “el derecho al libre desarrollo de la personalidad presupone, en cuanto a su efectividad, que el titular del mismo tenga la capacidad volitiva y autonomía suficientes para llevar a cabo juicios de valor que le permitan establecer las opciones vitales conforme a las cuales dirigirá su senda existencial”.<sup>[13]</sup>
6. De modo que, a mi juicio, la autonomía de la voluntad privada “se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico”<sup>[14]</sup> o en los diversos aspectos de su vida, asumiendo, claro está, las consecuencias que su conducta ocasione.
7. Como no puede ser de otra manera, en un Estado Social y Democrático de Derecho, “la autonomía de la persona, parte siempre del reconocimiento de su individualidad, de manera que quien es dueño de sí, lo es en virtud de la dirección propia que libremente fija para su existencia. Es, pues, la nota del vivir como se piensa; es el pensamiento del hombre que se autodetermina. Es, en definitiva, la dimensión de la única existencia, importante en cada vivencia, y que dada su calidad esencial, debe ser reconocida como derecho inalienable por el Estado.”<sup>[15]</sup> Y es que, en buena cuenta, “la democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1º de la Constitución).”<sup>[16]</sup>
8. Así pues, “el libre desarrollo de la personalidad tiene una connotación positiva y otra negativa. El aspecto positivo de este derecho consiste en que el hombre puede en principio hacer todo lo que desee en su vida y con su vida. Y el aspecto negativo consiste en que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho más allá de un límite razonable que en todo caso preserve su núcleo esencial”.<sup>[17]</sup>

9. No puede soslayarse que *“la esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás.”*<sup>[18]</sup> De ahí que, el Estado podría intervenir imponiendo restricciones a dicho derecho fundamental siempre que éstas encuentren su sustento en los derechos de terceros (como lo es en el presente caso, el derecho a la salud de los no fumadores), y que se trate de restricciones razonables y proporcionales. Por más liberal que haya sido el papel del Estado, en ningún caso tal abstencionismo supuso una total despreocupación por la suerte de su población.
10. En esa línea, y tal como ha sido subrayado por el Tribunal Constitucional Español, cabe advertir que *“el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte.”*<sup>[19]</sup> Y es que, conforme ha sido desarrollado jurisprudencialmente por este Tribunal de manera uniforme y reiterada, ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto. Una interpretación de este tipo resulta contraria a los postulados constitucionales recogidos en nuestra Constitución.
11. Por tal motivo, excepcionalmente, el Estado se encuentra obligado a intervenir en salvaguarda de la vida de la población siempre que exista un peligro real de que la integridad personal y la salud de la población se vea comprometida, y éste sea fácilmente aminorado. En tal escenario, resulta legítimo que el Estado impida que una persona se suicide, así ésta manifieste de modo expreso su deseo de acabar con su existencia y pese a que, de impedirse que cumpla su cometido, no estará sujeto a sanción alguna. La salvaguarda de la vida impone, además, una serie de medidas estatales para, en la medida que sea posible y razonable, reducir los riesgos inherentes a toda actividad humana vinculada no sólo las relaciones de *consumo* y *laborales* (al prohibir por ejemplo la circulación de buses camión y establecer el uso obligatorio del casco en construcciones respectivamente) en las que tanto el consumidor como el trabajador son objeto de una tutela especial por parte del Estado; pues en la totalidad de *situaciones de la vida cotidiana*, también subsiste dicho deber estatal, que se ejemplifica por ejemplo en la obligación de usar el cinturón de seguridad en automóviles y casco en motocicletas.
12. Como señala acertadamente Ulrich Beck, las amenazas que actualmente penden sobre la humanidad ya no tienen su génesis en la naturaleza indómita sino en la conducta humana que busca dominarla y aprovecharse de ella para mejorar su calidad de vida a través del conocimiento. De ahí que actualmente vivimos en una *“sociedad de riesgo”*, en la que resulta indispensable el concurso del Estado para gestionar tales riesgos (*risk management*) y reducirlos a su mínima expresión. A guisa de ejemplo cabe señalar que con el uso generalizado del automóvil si bien ahorra tiempo y dinero, no puede soslayarse que no han sido infrecuentes los accidentes de tránsito en los que al menos un automóvil se ha visto involucrado. Para aminorar los riesgos que importa la conducción de vehículos automotores, el Estado obliga a los conductores a obtener de manera previa una licencia de conducción y a los propietarios de los mismos a contratar un Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito – SOAT y a pasar periódicamente revisiones técnicas, entre otras medidas.
13. Sin embargo, qué duda cabe que la decisión de consumir de tabaco es una de las múltiples manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que si bien puede devenir en una adicción que a fin de cuentas sea nociva y perniciosa para su salud, es fruto de la libre determinación del ser humano por lo que debe ser respetada sin perjuicio de que, a través de otros medios, el Estado trate de desincentivar su consumo a fin de reducir futuros gastos

médicos en la población consumidora de este producto y de quienes, pese a no fumar, terminan respirando el humo del tabaco.

14. Negar la posibilidad de que las personas fumen so pretexto de reducir los costos que en el futuro los servicios sanitarios tendrán que asumir al estar científicamente probado que fumar daña la salud, resulta a todas luces irrazonable y desproporcionado. Bajo dicha lógica también se debería prohibir el consumo voluntario de “comida chatarra” pues a fin de cuentas, también está acreditado fehacientemente que su consumo habitual es dañino para la salud, o proscribir determinado tipo de deportes extremos en los que existe un latente riesgo de resultar lesionado, inválido o incluso fallecer, (como la práctica del parapente), y en los que de ocurrir algún accidente, éste en principio deberá ser asumido por el Estado o el propio afectado pues, por lo general, los seguros particulares no cubren los eventuales accidentes que tienen origen en la práctica de tales actividades.
15. Sin embargo, *“vivir en comunidad y experimentar la sensación de ser iguales y libres constitucionalmente frente a los demás, incluye también la posibilidad de actuar y sentir de una manera diferente, en lo que concierne a las aspiraciones y a la autodeterminación personal. La potestad de cada quien para fijar esas opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad.”*<sup>[20]</sup>
16. No se puede compeler a la población a llevar una vida saludable. Tal aspiración, propia de un Estado totalitario, no resulta acorde con los valores y principios propios e inherentes que inspiran nuestra Carta Magna. A lo mucho, conforme ha sido señalado en los considerandos precedentes, puede incentivar o desincentivar determinados tipos de conductas mediante medidas de fomento. En esa línea, *“el legislador puede prescribir(...) la forma en que (una persona) debe comportarse con otros, pero no la forma en que (uno) debe comportar(se) con(sigo) mismo, en la medida que su conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie”*<sup>[21]</sup>. Por ello, no comparto la tesis paternalista y tuitiva que parte de la premisa que el Estado conoce siempre y en todos los casos lo que es mejor para cada uno, incluso en ámbitos en los que no se afectan los derechos de terceros ni la convivencia pacífica y civilizada basada en el respeto mutuo.
17. Y es que, *“el considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos”*<sup>[22]</sup>. Empero, incluso el error propio es fundamental para la maduración de las ideas y acciones futuras, pues de los errores, se aprende. En efecto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad *“no establece que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa disposición señala que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional”*<sup>[23]</sup>
18. Indudablemente, fumar genera una serie de costos que van más allá de lo susceptible de ser valorizado monetariamente tanto al fumador “activo”, como por ejemplo el mismo hecho de comprar cigarrillos o el innegable deterioro en su salud que a la postre genera el consumo de tabaco; como para los fumadores “pasivos”, quienes al tener que respirar el humo producido por quienes fuman a pesar de no realizar dicha acción y en muchos casos percibirla como algo

desagradable, internalizan el costo de la mencionada *externalidad negativa*. Por tanto, y a fin de corregir tal situación, el Estado se encuentra en la ineludible obligación de regular el consumo de este tipo productos.

19. Entiendo por *externalidad (externality / spillover / neighborhood effects)* a los impactos que genera un agente económico en terceros, y que el mercado no devuelve a quien los generó. Tales impactos pueden ser *negativos (negative externality / external cost)*, en caso el agente no asuma todos los costos de su actividad y éstos terminen siendo asumidos por otros agentes o por la sociedad en su conjunto (*social cost*); o *positivos (positive externality / external benefit)* en caso beneficien a terceros que no asumen costo alguno (*free riders*).
20. En una relación de consumo, en principio cada consumidor asume las bondades y los riesgos que el producto que adquiere ocasiona (de los que incluso es civilmente responsable frente a terceros), sin embargo, la existencia de las *externalidades* advertidas en los considerandos anteriores y los elevados costos de transacción hacen imposible que los particulares solucionen privadamente los perjuicios generados por esta *externalidad negativa* (sería una quimera que todos pactemos contractualmente que cada uno fumará en su vivienda y no en la vía pública así como la manera como se penalizarían eventuales incumplimientos de dicho acuerdo) legitiman la intervención del Estado en la regulación del consumo de este producto, pero ésta debe ser razonable y proporcional.
21. Una situación de completa desregulación terminaría perjudicando a quienes no comparten el hábito de fumar, pues a pesar de no dedicarse a dicha actividad, terminarían padeciendo tanto las molestias propias del humo producido por el tabaco como las consecuencias nocivas que dicha actividad genera en su salud.
22. Si bien el Estado tolera su consumo, en modo alguno debe incentivarlo pues a fin de cuentas el daño que se genera en la salud de la población no fumadora es una *externalidad* usualmente no asumida por el fumador y que muy probablemente será asumida por los sistemas de salud estatales pues la mayoría de la población es pobre y no cuenta con los recursos necesarios para atenderse en centros médicos privados. En esa lógica, resulta válido que el Estado desincentive este tipo de consumos, como por ejemplo imponiendo mayores cargas impositivas, imponer advertencias en el rotulado del producto, pero sobre todo, brindando la mayor información posible para que los ciudadanos conozcan los riesgos que el consumo de tal producto ocasiona. Aunque algunos lo consideren inverosímil, por lo general los consumidores actúan razonablemente.
23. Para tal efecto, las campañas educativas tienen un rol protagónico en la reducción del consumo del tabaco. El consumo no se reduce con prohibiciones sino construyendo hábitos, los que se construyen por lo general desde temprana edad. De lo contrario, simple y llanamente se creará informalidad, pues la gente seguirá incumpliendo las prohibiciones referidas al consumo del tabaco y los empresarios terminarán permitiendo que sus clientes la incumplan máxime si se tiene en consideración que resulta materialmente imposible que el Estado supervise la totalidad de locales todo el tiempo. La regulación no puede hacerse a espaldas de la realidad.
24. Más que un gasto, tales campañas deben ser entendidas como una inversión que no sólo permitirá reducir las patologías que en el futuro aquejarán a los consumidores de dicho producto

sino como una inversión en la mejora presente en la calidad de vida en la población al evitar molestias terceros no fumadores.

### ***Incoherencias en la regulación del consumo del tabaco***

25. En primer lugar, y a pesar de no haber sido alegado por las partes, estimo pertinente advertir que el marco regulatorio actual resulta abiertamente incoherente pues pese a proscribir fumar en lugares abiertos de instituciones educativas; lo tolera en lugares públicos abiertos como por ejemplo, en un Estadio (mientras el público presencia un espectáculo) o en las boleterías adyacentes a los mismos (durante el tiempo que una persona espera haciendo cola para adquirir una entrada), a pesar de que incluso puede haber menores entre los asistentes a dicho recinto. Dada la concentración de personas y la proximidad entre éstas, la incomodidad y los efectos perniciosos generados por el humo del tabaco se equiparan a los de un local público cerrado, por lo que la prohibición de fumar en tales recintos también debería extenderse a los mismos.
26. Del mismo modo, resulta inadmisibile que se permita fumar en parques en los que adyacentes a los mismos existen juegos destinados a los niños, o mientras uno espera en la calzada que cambie la luz del semáforo para cruzar una intersección vial, etc.
27. Por ello, a pesar de que “*en ejercicio del control constitucional, el papel del juez no es el de evaluar si la ponderación realizada por el legislador a la hora de definir las reglas que regulan y, en consecuencia, limitan los derechos, son las mejores (pues) (s)u función constitucional es simplemente la de controlar los virtuales excesos del poder constituido o, en otras palabras, las limitaciones arbitrarias, innecesarias, inútiles o desproporcionadas de los derechos fundamentales*”<sup>124</sup>, no puedo dejar de señalar que, en mi opinión, ni siquiera en la vía pública se debería permitir que se fume a fin de no perjudicar a la población que tiene el saludable hábito de no fumar, máxime cuando las colillas del cigarro terminarán en la vía pública pues no es usual que, quien fume, porte un cenicero mientras transita.

### ***Análisis del caso en concreto***

28. Dado que en el presente asunto litigioso, la medidas legislativas cuestionadas tienen por objeto salvaguardar el derecho a la salud de los no fumadores restringiendo de forma manifiestamente desproporcionada (a juicio de los demandantes) el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los fumadores y la libre iniciativa privada; resulta necesario recurrir al *test de proporcionalidad* a fin de que la solución decretada tome en consideración todos los bienes jurídicos comprometidos.
29. Conforme ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, dicho test se construye sobre la base de 3 exámenes que han de aplicarse sucesivamente: *idoneidad, necesidad, proporcionalidad*. En buena cuenta, tales exámenes podrían definirse de la siguiente manera:
  - A la luz del *examen de idoneidad* se exige que la medida legislativa decretada tenga un fin y que sea adecuada para el logro de dicho fin. A su vez dicho fin no debe estar constitucionalmente prohibido y debe ser socialmente relevante.

- A través del *examen de necesidad* se examina si dentro del universo de medidas legislativas que el Estado podría aplicar para alcanzar dicho objetivo, la adoptada es la menos restrictiva de derechos.
- Mediante del *examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*, se busca establecer si la medida legislativa guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios.

De ahí que, mi posición será expuesta tomando en cuenta esta metodología.

30. Sobre el particular, estimo pertinente señalar que “*el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.*”<sup>[25]</sup>

### ***Sobre la restricción de fumar tabaco en locales públicos cerrados destinados exclusivamente a fumadores***

31. En lo concerniente al extremo de la demanda referido a la existencia de locales cerrados destinados única y exclusivamente a fumadores, o que realizando una correcta diferenciación entre el público consumidor de tabaco y quienes no lo consumen, establece lugares adecuados y destinados exclusivamente a los primeros; estimo que si bien la norma persigue un fin constitucionalmente legítimo como lo es reducir el consumo de tabaco y la medida impuesta resulta idónea y adecuada para la consecución de tal objetivo, no puede soslayarse que existen mecanismos menos gravosos para salvaguardar el derecho a la salud de las personas no fumadoras.
32. En mi opinión, es posible armonizar los derechos fundamentales de los involucrados (fumadores, no fumadores y empresarios que brinden servicios de esparcimiento a fumadores) pues existen medidas alternativas que posibilitarían tal armonización.
33. En tanto no se perjudique al prójimo que no fuma (esto es, ocasionen *externalidades negativas*), no advierto justificación constitucionalmente válida para restringir ni el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los fumadores, ni los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa de quienes invierten en satisfacer a ese público consumidor que demanda lugares de esparcimiento donde se pueda fumar, más aún si de una u otra forma, estos últimos aportan al crecimiento del país tributando y generando empleo.
34. Consecuentemente, y siempre que existan locales que cuenten con los implementos necesarios para distinguir y aislar áreas de fumadores y de no fumadores, no encuentro motivo para proscribir la existencia de la primera de las mencionadas áreas. De modo que, si una persona no fumadora decide voluntariamente asistir un recinto para fumadores deberá asumir las molestias que el humo del tabaco ocasiona en los demás pues existe una amplia oferta de locales alternativos en los que ello no se permite.
35. No obstante lo expuesto, conviene precisar que, atendiendo a las consideraciones antes expuestas, la reglamentación estatal sobre los lugares públicos cerrados donde se permite fumar, debe ser sumamente estricta y contar con las medidas de ventilación y de absorción de humo necesarias para proteger la salud no sólo de los consumidores que no fuman sino también de los trabajadores de dicho negocio, pues independientemente de que compartan el hábito de fumar,

mientras laboran (así hayan decidido voluntariamente laborar en tales establecimientos y recibir una remuneración en contraprestación por su trabajo) también son fumadores pasivos, por tanto, el Estado no puede permanecer indiferente ante ellos (pese a que técnicamente no internalizan una *externalidad negativa*).

36. Por tal razón, incluso en el hipotético escenario de que existan locales destinados únicamente para fumadores (como los Tobacco Bars y Cigar Bars en los Estados Unidos de Norteamérica), tal regulación igual deberá ser cumplida escrupulosamente a fin de salvaguardar la salud del personal que labora en dicho establecimiento. Consecuentemente, el presente extremo de la demanda debe ser declarado **FUNDADO** al no superar el test de proporcionalidad.

***Sobre la restricción de fumar tabaco en espacios abiertos de instituciones educativas destinadas a un público adulto***

37. Respecto del presente extremo de la demanda cabe indicar, en primer lugar, que en tanto resulta jurídicamente imposible impedir que menores de edad sean alumnos de tales instituciones, dicha restricción encuentra una justificación constitucional adicional a las mencionadas en los párrafos anteriores del presente voto en atención al interés superior de tales menores. Dado que aún se encuentran en etapa de formación (no sólo física sino principalmente mental), deben encontrarse libres no sólo de padecer los nocivos efectos en su salud que el tabaco produce sino de conductas que puedan imitar.
38. Así sea en espacios públicos abiertos de tales instituciones educativas, no puede soslayarse que la *externalidad negativa* producida por quienes fuman termina perjudicando a quienes no lo hacen y que probablemente existirán menores de edad entre los perjudicados. En consecuencia, resulta atendible que tal situación se encuentre regulada. En mi opinión, no cabe duda que la norma impugnada persigue una finalidad constitucionalmente valiosa y no existe manera de impedir que quienes no fuman se vean perjudicados por el humo del tabaco conforme ha sido desarrollado en los considerando anteriores. Por dicha razón, estimo que la norma impugnada supera los exámenes de *idoneidad y necesidad*.
39. En cuanto al *examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*, considero que la medida adoptada por el Estado importa una *intervención de leve intensidad* en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la comunidad educativa fumadora que tiene como correlato evitar que quienes no fuman tengan que soportar las molestias ocasionadas por el humo del tabaco por lo que el *grado de realización* del derecho a la salud de los fumadores es *elevado* al impedir que se encuentre perjudicado en lo absoluto. Por tal consideración, soy del parecer que el presente extremo de la demanda debe ser declarado **INFUNDADO**.

**S. ÁLVAREZ MIRANDA**

## NOTAS

- 
- [1] NINO, Carlos Santiago: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª edición ampliada y revisada, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 414.
- [2] NINO, Carlos Santiago: *op. cit.*, p. 416.
- [3] Entendiendo a esta facultad como parte integrante del contenido del derecho al *libre desenvolvimiento de la personalidad*, como derecho innominado o implícito derivado del principio de dignidad humana, el Tribunal Constitucional ha interpretado que “la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad” (STC N.º 0007-2006-AI/TC, FJ. 47).
- [4] DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 289.
- [5] NINO, Carlos Santiago: *op. cit.*, pp. 437-438.
- [6] RIBEYRO, Julio Ramón: *La palabra del mudo*, Planeta, Lima, 2009.
- [7] Sentencia del Tribunal Constitucional Español N.º 53/1985.
- [8] Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N.º 2273-2005-PHC/TC.
- [9] Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 2273-2005-PHC/TC.
- [10] Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 2273-2005-PHC/TC.
- [11] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º C-373-02.
- [12] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º T-124/98.
- [13] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º SU-642/98.
- [14] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º T-468/03.
- [15] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º T-594/93.
- [16] Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N.º 00030-2005-PI/TC.
- [17] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º T-542/92.
- [18] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º T-594/93.
- [19] Sentencia del Tribunal Constitucional Español N.º 120/1990.
- [20] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º T-124/98.
- [21] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º C-221/94.
- [22] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º C-221-94.
- [23] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º C- 481/98.
- [24] Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N.º C-475/97.
- [25] Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N.º 000045-2004-PI/TC.