

Paternalismo jurídico y alimentación saludable



CÉCILIA O'NEILL DE LA FUENTE

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Master en Derecho por University of Pennsylvania.
Jefa del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Alcance y objetivos de la Ley que promueve la alimentación saludable en niños y adolescentes.
- III. Restricciones inaceptables: publicidad dirigida a menores de 16 años y exclusividad de los comedores saludables.
- IV. ¿Cómo sustenta el Congreso la Ley que promueve la alimentación saludable?
- V. Test de proporcionalidad para analizar la constitucionalidad de las leyes
- VI. Ley que restringe el consumo de tabaco y ley que restringe el consumo de alimentos no saludables. ¿Tienen algo en común?:
 1. El contenido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad;
 2. ¿La norma limita los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa?;
 3. ¿La norma limita los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información?;
 4. ¿Qué finalidades persiguen las restricciones indicadas?;
 5. ¿Las prohibiciones cuestionadas superan el principio de idoneidad?;
 6. ¿Las prohibiciones cuestionadas superan el principio de necesidad?;
 7. ¿Las prohibiciones cuestionadas superan el principio de proporcionalidad en sentido estricto?



* El presente artículo fue publicado previamente en: Schwalb, María Matilde y Sanborn, Cynthia (eds.), Comida Chatarra, Estado y Mercado. Lima: Universidad del Pacífico, 2013.

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué tienen en común las siguientes actividades?: torear, conducir automóviles, construir edificios sin usar casco, no ponerse cinturón de seguridad, tener una cintura ancha en proporción a las dimensiones del cuerpo, fumar, comer alimentos no saludables, nadar en el mar aunque no haya salvavidas, escalar montañas, hacer submarinismo y volar parapente.

Tales situaciones tienen dos cosas en común: la primera, que se trata de situaciones riesgosas –aunque el nivel de riesgo dependerá de diversas circunstancias–; y la segunda: que determinar si deben o no prohibirse es fuente de inagotables discusiones.

En las líneas que siguen me ocuparé de solo una de las actividades mencionadas: ingerir bebidas y alimentos no saludables, a propósito de la reciente norma que interfiere en su uso y consumo. Mi objetivo es demostrar que es inconstitucional, y que sus disposiciones son incoherentes con el fin que persigue lograr.

II. ALCANCE Y OBJETIVOS DE LA LEY QUE PROMUEVE LA ALIMENTACIÓN SALUDABLE EN NIÑOS Y ADOLESCENTES

El 17 de mayo de 2013 se publicó la Ley 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante, “la Ley” o “la Ley de Comida Chatarra”), sin haber sometido la materia objeto de regulación, a suficientes discusiones entre la sociedad civil. Esta discusión previa y la intención –al menos la intención– de generar consenso, eran indispensables, no solamente para determinar el sustento técnico de las restricciones impuestas, sino para analizar la premisa conceptual de dichas restricciones.

La adopción de la Ley requería una discusión filosófica de no poca importancia, pues diversas categorías y valores –jurídicos y sociales– se encontraban en juego: la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, el derecho de los padres a educar a sus hijos, el paternalismo jurídico, el

odioso “perfeccionismo” jurídico, y cómo no, el derecho y deber del Estado de proteger la salud de las personas.

Además, la aprobación de la Ley sin suficiente debate jurídico, técnico, económico y social, ha sentado un pésimo precedente, que cobra mayor relevancia en un contexto en el que el Congreso da señales de encontrarse teñido de una vocación intervencionista. Un ejemplo es haberse discutido recientemente la posibilidad de obligar a que las empresas del sistema financiero condonen o renegocien las deudas de sus clientes –afortunadamente esta pésima idea se quedó en proyecto, pero subsiste la pregunta de por qué destinar el pago de nuestros impuestos a financiar horas de trabajo de congresistas y asesores en pensar y elaborar propuestas tan equivocadas–.

La Ley 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes, tiene por objeto:

“la promoción y protección efectiva del derecho a la salud pública, al crecimiento y desarrollo adecuado de las personas, a través de las acciones de educación, el fortalecimiento y fomento de la actividad física, la implementación de kioscos y comedores saludables en las instituciones de educación básica regular y la supervisión de la publicidad, la información y otras prácticas relacionadas con los alimentos y bebidas no alcohólicas dirigidas a los niños, niñas y adolescentes para reducir y eliminar las enfermedades, vinculadas con el sobrepeso, la obesidad y las enfermedades crónicas conocidas como no transmisibles”.

Visto en abstracto, el objetivo de la norma es incuestionable. Es razonable y plausible promover la alimentación saludable en los niños y adolescentes, lo que incluye no solamente acciones de educación, sino la promoción de la actividad física, el fomento de comedores saludables en las escuelas, entre otras medidas. Sin embargo, existe un salto lógico entre el objetivo de la norma –compartido seguramente por la mayoría de la población– y la interferencia que

ella produce en la vida de las personas afectadas, como los niños y adolescentes, padres de familia, escuelas, empresas, anunciantes, publicistas, el Fisco, etc.

Lo mejor de la Ley es la norma que fomenta la educación nutricional: el Ministerio de Educación promueve la enseñanza de la alimentación saludable, e incorpora en el diseño curricular nacional programas de promoción de hábitos alimentarios que contribuyan a mejorar los niveles de nutrición. El Ministerio de Salud realiza campañas informativas para promover la alimentación saludable y mejorar los hábitos alimentarios de la población, dirigidos especialmente a alumnos y padres de familia.

III. RESTRICCIONES INACEPTABLES: PUBLICIDAD DIRIGIDA A MENORES DE 16 AÑOS Y EXCLUSIVIDAD DE LOS COMEDORES SALUDABLES

La Ley se aplica a las personas naturales y jurídicas que comercialicen, importen, suministren y fabriquen alimentos procesados, así como al anunciante de dichos productos. Se excluyen los alimentos y bebidas no alcohólicas en estado natural, no sometidas a proceso de industrialización. Nótese en este punto, que mientras una bebida gaseosa está comprendida en las restricciones, no lo está un vaso de chicha morada aunque sea preparada con más azúcar que la aconsejable; lo mismo puede decirse de una caja de chocolate frente un plato de picarones, cuyos altos niveles de grasa y de azúcar superan los niveles que seguramente serán incluidos en el Reglamento de la Ley.

Es indiscutible también que lo positivo de la Ley es que las escuelas deben promover la práctica de actividad física en la cantidad mínima diaria establecida para cada edad, y que los gobiernos locales deben fomentar la implementación de juegos infantiles en parques y espacios públicos.

Sin embargo, la norma pasa de los buenos deseos y de la promoción y difusión de ideas saludables, a interferir en decisiones sobre la alimentación de los niños y adolescentes que competen exclusivamente a los padres. Si bien

la Ley se propone proteger la salud de las personas, en mi opinión ha trasgredido los límites máximos de la interferencia que era posible, teniendo en cuenta el test de proporcionalidad aplicable a las decisiones estatales vinculadas a los derechos fundamentales.

Efectivamente, la Ley establece dos grandes tipos de restricciones: (i) la promoción de “kioskos y comedores escolares saludables”; y, (ii) las restricciones a la publicidad dirigida a menores de 16 años.

En relación con la primer restricción, el artículo 6° de la Ley señala que las instituciones de educación básica regular pública y privada en todos sus niveles y en todo el territorio nacional, **promueven los “kioskos y comedores escolares saludables”**, conforme a las normas que, para este efecto, dicta el Ministerio de Educación, en coordinación con el Ministerio de Salud, el Ministerio de Agricultura, los gobiernos locales y los gobiernos regionales.

Añade que los kioskos y los comedores escolares brindan **exclusivamente** alimentos y bebidas saludables conforme a los estándares que establece el Ministerio de Salud, a través de un listado de alimentos adecuados para cada edad, basado en el Reglamento.

La promoción de comida saludable en los colegios no solamente es una política pública que puede permitirse, sino que además debe realizarse. El problema estriba en considerar que la norma impide la venta de “comida chatarra” en las escuelas. Nótese que de acuerdo con su texto, se promueve los comedores de comida saludable en los colegios. Se indica que en ellos se proveerá exclusivamente de comida saludable, mas no se indica que únicamente habrá kioskos o comedores de este tipo.

En tal sentido, si ésta fuera la interpretación a ser acogida por las entidades encargadas de implementar la norma, no habría nada que reprochar a la Ley en este punto. Sin embargo, aunque la norma no señala que la exclusividad afecta a los comedores sino al tipo de alimentación que éstos deben ofrecer –el texto no indica que

exclusivamente habrá comedores saludables, sino que debe haber comedores saludables, que exclusivamente brindarán alimentación saludable—, me temo que probablemente será interpretada en un sentido más restrictivo que el que realmente tiene.

En relación con la segunda restricción, la Ley establece que la publicidad dirigida a menores de 16 años y que se difunda por cualquier soporte o medio de comunicación social, debe ser acorde a las políticas de promoción de la salud, no debiendo:

- a) incentivar el consumo inmoderado de alimentos y bebidas no alcohólicas, con grasas trans, alto contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas;
- b) mostrar porciones no apropiadas a la situación presentada ni a la edad del público al cual está dirigida;
- c) usar argumentos o técnicas que exploten la ingenuidad de los niños y adolescentes, de modo que puedan confundirlos o inducirlos a error respecto de los beneficios nutricionales del producto;
- d) generar expectativas referidas a que su ingesta proporcione sensación de superioridad o que su falta de ingesta genere sensación de inferioridad;
- e) indicar como beneficios de su ingesta la obtención de fuerza, ganancia o pérdida de peso, o la adquisición de estatus o popularidad;
- f) representar estereotipos sociales o prejuicios o discriminación vinculados con su ingesta;
- g) crear una sensación de urgencia o dependencia;
- h) sugerir que un padre o un adulto es más inteligente o más generoso por adquirir el alimento o bebida; tampoco hacer referencia a los sentimientos de afecto de los

padres hacia sus hijos por la adquisición del producto;

- i) promover la entrega de regalo, premio o cualquier otro beneficio destinado a fomentar la adquisición o consumo;
- j) usar testimonios de personajes reales o ficticios conocidos o admirados por los niños o adolescentes para inducir a su consumo;
- k) sugerir que se puede sustituir el régimen de alimentación diaria de las comidas principales;
- l) alentar ni justificar el comer o beber de forma inmoderada, excesiva o compulsiva;
- m) mostrar imágenes de productos naturales si éstos no lo son.

Imagine se cualquiera de los comerciales que usted ve en televisión promocionando alimentos calificados como no saludables, dirigidos a menores de edad. Podría apostar a que casi ninguno de ellos estaría ahora permitido. Las restricciones de la norma son tan amplias y además tan poco claras, que será muy complicado determinar si el anunciante ha aprovechado indebidamente la ingenuidad de los niños, si ha generado expectativas que provoquen una sensación de superioridad o de inferioridad, o si se ha sugerido que alguien es más inteligente o más generoso por adquirir el producto. Será muy complicado, además, producir un comercial de TV dirigido a niños sin hacer referencia a sentimientos de afecto de padres a hijos —¿y por qué no se prohibió referirse al afecto entre amigos?—, o sin que se represente un estereotipo social, o sin el uso de testimonios de personajes ficticios como un superhéroe, o sin promover la entrega de beneficios destinados a la adquisición del producto —como el descuento en un producto por la adquisición de otro, o los juguetes incluidos en “el golazo de Motta”, que recordarán quienes nacieron en los años setenta—.

Si tuviéramos que resumir el impacto que producirá la Ley en los códigos publicitarios, es simplemente uno: impedir la creatividad. La publicidad ya se encuentra regulada por

otra norma que establece parámetros irreductibles, uno de los cuales es el respeto al principio de veracidad. Como es natural, está expresamente permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración –protegiendo la ingenuidad de los niños–, de los cuales difícilmente se podrá hacer uso con las reglas indicadas en la Ley. En adelante, la publicidad del “Doña Pepa” podría terminar siendo tan sosa como un noticiero.

Adicionalmente, en la publicidad, incluyendo el producto, de los alimentos y bebidas que superen los parámetros técnicos que se establezcan en el Reglamento, se deberá indicar: *“Alto en (sodio – azúcar – grasas saturadas); evitar su consumo excesivo”; “Contiene grasas trans: evitar su consumo”*. Como puede apreciarse, se trata de una medida similar a la que se adoptó con el mercado de cigarrillos. El siguiente paso podría ser el deber de incluir la imagen de una calavera en las bolsas de chocolate.

Antes de examinar si la Ley supera o no el test de proporcionalidad y, por tanto, si puede ser o no calificada como una norma acorde con la Constitución, revisemos brevemente en qué pensaban los congresistas cuando diseñaron las reglas comentadas.

IV ¿CÓMO SUSTENTA EL CONGRESO LA LEY QUE PROMUEVE LA ALIMENTACIÓN SALUDABLE?

Inicialmente fue elaborada la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 775/2011-CR, que se proponía prohibir la venta de comida chatarra en los colegios públicos y privados. Este proyecto no llegó a hacerse efectivo, pero se indicó como justificación que el 54% de los alumnos peruanos “confesó” haber consumido gaseosas una o más veces al día en el último mes (Encuesta Mundial de Salud Escolar 2010). Nótese el uso de la palabra “confesó”, que además de tener una profunda connotación religiosa, se trata de un concepto cargado de culpa. En todo caso, aun si fuera aplicable esta categoría pseudo-religiosa para justificar la medida, no debería ocasionar culpa el consumo moderado de este tipo de bebidas.

Este dato no es solo una anécdota irrelevante, sino que revela que lejos de plantear este tema de la manera más neutral posible, los congresistas involucrados actuaron guiados por la exageración y por la necesidad de imponer valores que no tienen por qué ser compartidos por todos los ciudadanos; en buena cuenta, plantear que consumir una gaseosa al día amerita sentirse culpable, no es otra cosa que una aproximación fanática del problema, que es perfectamente admisible, pero en la casa de los congresistas.

También señala la Exposición de Motivos que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) propuso que se prohíba en todos los kioscos de las escuelas del Perú la venta de “comida chatarra” como una medida de salud pública; que debería promoverse el consumo de frutas en las loncheras escolares; y que la responsabilidad por la mala alimentación de los hijos llega a los padres de familia, que muchas veces buscan la “salida fácil”.

No es difícil preguntarse en este punto por qué el proyecto de ley procuraba prohibir la venta de comida no saludable en los colegios, si el consumo moderado de alimentos calificados como no saludables no genera sobrepeso, si en realidad debe promoverse el consumo de fruta, y si los padres son los verdaderos responsables por la mala alimentación de los hijos. Nuevamente, el salto lógico en este punto es difícil de entender.

Por su parte, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 1038-2011-CR, Ley de Promoción de la Salud para la Protección de los Consumidores Niños, Niñas y Adolescentes, antecedente cercano de la Ley, se esfuerza por persuadir a todos los ciudadanos –que tendremos que soportar la intromisión de los congresistas en los hábitos alimenticios de nuestros hijos– que la norma cuenta con sustento técnico suficiente. Los congresistas no solo no han cumplido con soportar la carga de probar que la medida será efectiva para combatir el mal que se desea atacar, sino que además no han hecho el más mínimo esfuerzo por plantear el debate más importante que debió anteceder a la emisión de la norma: la discusión filosófica sobre cuándo la libertad individual puede ser constreñida por el Estado.

La Exposición de Motivos genera la sensación de ser mejor que la mayoría de las que sustentan las leyes expedidas por el Congreso. Esta percepción se basa en que al menos se ha hecho el esfuerzo de citar estudios de la OPS sobre las alarmantes tasas de sobrepeso y obesidad que han alcanzado proporciones epidémicas en todo el mundo; pero eso no es suficiente.

No puede negarse que el sobrepeso conlleva a padecer enfermedades no transmisibles, y que es necesario que los niños mantengan un peso saludable. Tampoco puede negarse que después de las actividades escolares los estudiantes ocupan mucho tiempo viendo TV, en los que hay muchos mensajes publicitarios que pueden condicionar sus preferencias. Es más, la Exposición de Motivos señala que la mayoría de la publicidad se refiere a alimentos y bebidas de bajo valor nutricional, según un estudio efectuado en el 2011 por el Consejo Consultivo de Radio y Televisión – CONCORTV.

Sin embargo, a pesar de que son diversas las causas por las que los menores sufren de sobrepeso y obesidad, es probable que la principal razón para ello es que hay algo que los padres están haciendo mal, de modo que el remedio no pasa por impedir el uso de dibujos animados en los comerciales de galletas o la prohibición de venta de golosinas en los colegios. Hay otras razones que causan el sobrepeso, no abordadas por la norma; hay otros alimentos que con la misma lógica tendrían que estar restringidos; y lo más importante, el Estado no ha acreditado que se han presentado razones suficientes para limitar la libertad.

Haciendo un esfuerzo por dotar de sustento a la norma, la Exposición de Motivos comentada señala que en el Perú, casi uno de cada diez niños menores de cinco años tienen sobrepeso, con mayor prevalencia en el área urbana. Añade que entre niños de cinco a nueve años, el sobrepeso es de 15.5% y la obesidad 8.9%, de modo que uno de cada siete niños presenta sobrepeso. Estos datos se presentan de acuerdo con el informe sobre el "Estado Nutricional del Perú", elaborado por la Dirección Ejecutiva de Vigilancia Alimentaria y Nutricional – DEVAN, de julio 2009 a junio 2010 (CENAN – INEI).

Como si la norma fuera a solucionar el problema de salud que indudablemente existe y que debe ser abordado por el Estado, la Exposición de Motivos señala que un estudio realizado por CPI, del 13 de setiembre al 20 de octubre de 2007, aplicado a 1250 niños entre siete y catorce años en Lima, Arequipa, Huancayo, Iquitos y Piura, indica que los niños ven como mínimo tres horas diarias de televisión, advirtiéndose una gran influencia de la publicidad en el establecimiento de hábitos alimenticios. Con las cifras podríamos estar de acuerdo, pero ellas no son suficientes para demostrar que la medida es correcta.

Como si este dato fuera suficiente, la Exposición de Motivos señala que en mayo de 2010 se aprobó una resolución de la Organización Mundial de la Salud – OMS, por la cual se insta a los gobiernos de los Estados miembros a dirigir sus esfuerzos para idear nuevas políticas o reforzar las existentes con respecto a los mensajes publicitarios de alimentos dirigidos a los niños. Aplaudimos que los Estados miembros deban esforzarse por combatir los malos hábitos alimenticios, pero ello no es suficiente para demostrar que la forma empleada sea la adecuada.

Además, la Exposición de Motivos indica que la OPS utilizó catorce estudios referidos a niños de Latinoamérica, revelando que la promoción y publicidad de alimentos dirigidos a los niños de países latinoamericanos es amplia y que promueve principalmente alimentos con alto contenido de grasas, azúcar o sal. ¿Y cuál es la relación causa-efecto entre este dato y la Ley? La relación causa-efecto debería ser una en la que el Estado tome cartas en el asunto, pero por la vía de la educación y de la difusión; no de las prohibiciones. Como veremos más adelante, es el Estado el que tiene la difícil carga de probar que las restricciones a la libertad son convenientes para alcanzar los objetivos que se propone.

Finalmente, lo peor de la Exposición de Motivos es su supuesto análisis costo-beneficio. Se identifican varios beneficios, como la reducción de los problemas de salud vinculados al sobrepeso –aunque no se ha demostrado que la medida alcanzará esa meta–. Sin embargo, en relación con los costos, insólitamente se indica

que la norma no ocasiona ningún costo para el Estado peruano, cuando se crea el Observatorio de Nutrición y Estudio del Sobrepeso y Obesidad, a cargo del Ministerio de Salud –como si la burocracia no generase costos–, y cuando el Estado deberá incurrir en programas de difusión, de información, de fiscalización, etc. Por lo demás, los costos presupuestarios del Estado no son los únicos relevantes. También importan los costos generados a los particulares como consecuencia de la restricción a la publicidad, la disponibilidad de menor información para los consumidores, los costos de entrada de los nuevos competidores que no pueden hacer publicidad efectiva para hacerse de una participación en el mercado, etc.

Como se indica en las líneas que siguen, estimo que la Ley –en lo referido a las restricciones a la publicidad y a la venta de comida no saludable en los colegios– no supera el test de proporcionalidad, que sirve de escrutinio de todas aquellas limitaciones normativas que ponen en duda su compatibilidad con los principios constitucionales.

V. TEST DE PROPORCIONALIDAD PARA ANALIZAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en la importancia de aplicar el test de proporcionalidad para determinar el contenido de los derechos fundamentales que se han visto o no racionalmente afectados por una medida legislativa, de modo que el mencionado test se vuelve de aplicación indispensable cuando una norma es sometida al análisis de constitucionalidad.

Así, al someter una norma al escrutinio de constitucionalidad, debe efectuarse una ponderación

de derechos y determinar cuál es el derecho que debe prevalecer –*balancing test*–. En el caso de la Ley de Comida Chatarra, si ésta superase el test de proporcionalidad, llegaríamos a la conclusión que la restricción de la publicidad para menores de 16 años y la restricción de la venta en los colegios de los alimentos considerados no saludables, son válidas e incuestionables. Si no, las disposiciones correspondientes de la Ley podrían ser declaradas inconstitucionales y por tanto expulsadas del ordenamiento jurídico peruano –acción de inconstitucionalidad– o inaplicadas a un caso concreto –control difuso de la constitucionalidad de las leyes–.

El test de proporcionalidad supone tres pasos: (i) juicio de idoneidad o adecuación; (ii) juicio de necesidad; y, (iii) juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Mediante el juicio de adecuación o idoneidad se determina que la limitación de un derecho fundamental solo es constitucionalmente admisible si, tácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental.¹

El juicio de necesidad supone establecer si la medida en cuestión es la menos restrictiva de las posibles, y además si es absolutamente necesaria para alcanzar el bien colectivo en cuestión, o por el contrario, si existen medidas igualmente adecuadas y carentes de consecuencias lesivas para el derecho fundamental con el que colisiona.²

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conocida como ponderación, supone que cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención.³

1. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*. Madrid: Derechos Sociales y Ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 253. Citado por: BURGA CORONEL, Angélica. "El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". Lima: Gaceta Constitucional, N° 47, 2011, p. 256.
2. BURGA CORONEL, Angélica. *Op. cit.*
3. ALEXY, Robert. Traducido por Carlos Bernal. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 55. Citado por: BURGA CORONEL, Angélica, *loc. cit.*

Como puede apreciarse, el principio de proporcionalidad supone que la medida legislativa examinada debe ser idónea para proteger un derecho constitucional, aunque restringiendo otro; debe ser necesaria por ser la menos restrictiva de las posibles; y debe ser proporcional a los fines que desea conseguir. Como ya ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad está íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se tomen en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias.⁴

El test de proporcionalidad se ha aplicado en diversas acciones constitucionales, como los siguientes casos: Caso Calle de las Pizzas (Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari) – Expediente N° 0007-2006-PI/TC; Caso sobre la legislación contra el terrorismo – Expediente N° 0010-2002-AI/TC; Caso Mónica Adaro vs. Magaly Medina – Expediente N° 06712-2005-PHC/TC; etc.

VI. LEY QUE RESTRINGE EL CONSUMO DE TABACO Y LEY QUE RESTRINGE EL CONSUMO DE ALIMENTOS NO SALUDABLES. ¿TIENEN ALGO EN COMÚN?

La Ley de Comida Chatarra actúa en nombre del derecho fundamental a gozar de buena salud, y para ello restringe otros derechos fundamentales, como el de libre desarrollo de la personalidad, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libertad de expresión, entre otros. Ya que debe analizarse si la norma aprueba o no el test de proporcionalidad para determinar si debe o no ser expulsada del ordenamiento jurídico o inaplicada en un caso concreto, vale la pena hacer continuas referencias a la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

del Perú, del 19 de julio de 2011, recaída en el Expediente N° 00032-2010-PI/TC, en la demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley 28705, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco. La demanda fue declarada infundada –con un voto en discordia del Magistrado Alvarez Miranda–. A esta resolución nos referiremos sucesivamente como “la Sentencia”.

La premisa de la que partió el Tribunal Constitucional en esta interesante sentencia es que para proteger el derecho a la salud, el Estado puede introducir ciertas restricciones al consumo de tabaco, pero no puede prohibirlo. Decía que la Sentencia es interesante, aunque no estoy de acuerdo con el sentido de ella. Es interesante porque plantea las discusiones filosóficas que debió plantearse el Congreso antes de expedir la Ley de Comida Chatarra, y aunque resuelve desde mi punto de vista de manera incorrecta los dilemas que plantea el derecho de unos a fumar y el derecho de otros a no ser afectados por ello, sí es clara en señalar que la libertad de acción es la premisa del Estado de Derecho, aunque la libertad, naturalmente, admite límites.

Los demandantes –para que la Ley referida al consumo de tabaco sea parcialmente declarada inconstitucional– señalaron que la norma afecta irrazonablemente el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, pues incluso se impide fumar en lugares públicos cerrados aunque estén destinados exclusivamente a fumadores y donde labore personal fumador, además de prohibir de manera absoluta el consumo de tabaco en áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos.

También señalaron los demandantes que la norma afecta los derechos de libertad de empresa y de libre iniciativa privada. Ante esto, el Congreso replicó que la libre iniciativa privada no debe atentar contra los intereses generales de la comunidad, mientras que la libertad de

4. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01803-2004-AA/TC, del 25 de agosto de 2004.

empresa no debe poner en riesgo la salud de las personas. Se pretende garantizar la salud no solo de los no fumadores sino además de los propios fumadores, ante la epidemia de tabaquismo. Nótese que lo mismo probablemente diría el Procurador del Congreso de la República frente a una hipotética demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Comida Chatarra: se debe proteger la salud de los menores de 16 años, pues "todos ellos" están expuestos a ser infectados con la epidemia del sobrepeso.

A continuación mencionaremos los pasos del razonamiento lógico usado por el Tribunal Constitucional para analizar la constitucionalidad de la ley referida al tabaco, e intentaremos replicarlos para el caso de la Ley de Comida Chatarra.

1. El contenido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad

Para el Tribunal Constitucional el acto de fumar sí forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, por lo que todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida que sea respetuoso del principio de proporcionalidad.

Si esta misma lógica fuese aplicada a la Ley de Comida Chatarra, probablemente el Tribunal consideraría que el acto de consumir alimentos considerados como no saludables también forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, por lo que todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida que sea respetuoso del principio de proporcionalidad.

Recuérdese que son dos las restricciones impuestas por la Ley de Comida Chatarra que generan las mayores preocupaciones: de un lado, la regulación de la publicidad dirigida a menores

de 16 años; y del otro lado, la exclusividad referida a los comedores saludables.

Sobre esto último, ya había comentado que el texto admite una interpretación por la cual la exclusividad se refiere al tipo de alimentos que deben brindarse en los comedores saludables; no a la clase de comedores que debe haber en las escuelas. Así, bajo esta lógica, sería necesario que los colegios cuenten necesariamente con comedores saludables pero no que cuenten exclusivamente con comedores saludables. Eso sí, evidentemente los alimentos a ofrecer en los comedores saludables tendrían que ser exclusivamente saludables⁵.

Cabe preguntarse entonces si el Tribunal Constitucional puede emitir una sentencia interpretativa ante la falta de claridad de la norma. Eso se pretendió hacer en la causa sobre el tabaco, para interpretar que cuando la norma se refiere a los espacios públicos cerrados no se encuentran comprendidos los establecimientos exclusivos para fumadores.

En tal caso el Tribunal dijo que no está proscrito que el objeto de la pretensión en un proceso de inconstitucionalidad sea la emisión de una sentencia interpretativa; pero dicha posibilidad es excepcional, considerando que el propósito de las acciones de inconstitucionalidad es la expulsión de las normas del ordenamiento jurídico, no su interpretación. Lo mismo podría concluirse en este caso. Sin embargo, a efectos del siguiente análisis, asumiremos que la interpretación correcta es que de acuerdo con la Ley, en los colegios solo puede haber comedores saludables.

Regresando a si la norma afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal señaló que:

"laten dos formas distintas de concebir las relaciones entre el individuo y la comuni-

5. Lo paradójico es que, como los alimentos no industrializados no estarían incluidos en los alcances de la norma, no habría impedimento para que en un comedor saludable se ofrezcan papas fritas en cantidades no recomendables de aceite, pero eso sí, fritas en el momento inmediatamente anterior al consumo, como si ello les restara el efecto "nocivo".

dad 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 justificación⁶.

La segunda posibilidad, dijo el Tribunal, es el sustento axiológico del constitucionalismo moderno, incluyendo a la Constitución peruana de 1993.

La libertad del ser humano, como premisa del Estado de Derecho, supone que los ciudadanos tenemos derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de nuestra autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado, señala el Tribunal.

De allí que cualquier acto que se proponga limitar la libertad debe estar constitucionalmente justificado. Así lo ordena el artículo 2 inciso 24 literal a) de la Constitución peruana, según el cual, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esto no es otra cosa que el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Citando a Prieto, el Tribunal señala que esta cláusula general de libertad "viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría truncada a favor de la autoridad".

2. ¿La norma limita los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa?

El siguiente paso del análisis supuso preguntarse si la prohibición de espacios públicos cerrados solo para fumadores limita los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa.

Podemos preguntarnos, en esta línea, si la obligación de que en los colegios solamente haya comedores saludables y si las restricciones a la publicidad dirigida a menores de 16 años limitan los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa.

La libertad económica es uno de los grandes principios constitucionales de orden económico. "Sin libertad, aunque exista propiedad, no puede existir empresa, sino organización burocrática, estatalizada o no"⁷.

En la libertad de empresa:

"se sustenta la consecución de uno de los objetivos asignados al sistema económico por la Constitución vigente: la defensa de la competencia económica entre empresas en particular y agentes económicos en general, como vía adecuada para el logro de mejoras en el nivel de vida de los ciudadanos"⁸.

De acuerdo con el artículo 2 inciso 17) de la Constitución, toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación, de modo que la libertad de empresa tiene el carácter de derecho fundamental. Por su parte, el artículo 58 señala que la iniciativa privada es libre; y el artículo 59 establece que el Estado estimula la creación de

-
6. PRIETO, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 252-252. Citado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 15 de la Sentencia.
 7. ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima y Madrid: ARA Editores E.I.R.L. y Ariño y Asociados, 1999, p. 292.
 8. KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 443.

riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. Como no podía ser de otra manera, el ejercicio de estas libertades no es absoluto, pues la propia norma señala que dicho ejercicio no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

Ahora bien, tanto los derechos fundamentales de orden económico como los demás derechos fundamentales, son doblemente protegidos. En un ámbito subjetivo se reconocen todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y por tanto se exige la abstención por parte del poder público. En el ámbito objetivo o institucional se establece la obligación del poder público de realizar acciones positivas a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de la realidad. Ello significa que no solo se debe reconocer en los derechos fundamentales un conjunto de facultades de hacer por parte de su titular –dimensión subjetiva–, sino además reconocer la obligación del Estado de favorecer el ejercicio pleno de aquéllas –dimensión objetiva–⁹.

Habiéndose dicho que la libertad de empresa es la base sobre la que se han construido los pilares del crecimiento económico del país, es evidente que no puede ni debe permitirse que este derecho se ejerza de modo absoluto. Además de establecer que el ejercicio de la libertad de empresa debe realizarse favoreciendo la competencia y resguardando el interés de los consumidores, la Constitución señala, en su artículo 59, que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas.

Efectivamente, la iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas¹⁰.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal Constitucional señaló que las restricciones incluidas en la norma referida al consumo del tabaco –indicaría lo mismo respecto a la Ley de Comida Chatarra– afectan los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, y solo resultarán constitucionales en la medida que resulten respetuosas del principio de proporcionalidad.

3. ¿La norma limita los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información?

Aunque el Tribunal no abordó este asunto, es pertinente analizar si la obligación de que en los colegios solamente haya comedores saludables y si las restricciones a la publicidad dirigida a menores de 16 años limitan los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información.

Se debate si la publicidad comercial se encuentra protegida por las libertades de expresión e información, o si en todo caso se trata de una expresión de la libre iniciativa privada y de la libertad de empresa. Apoyo la tesis según la cual la publicidad comercial está amparada por las libertades de expresión e información¹¹.

Así también lo entiende el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pues considera que la libertad de expresión comercial o publicitaria es una de las manifestaciones de la libertad de expresión.

En Estados Unidos, la jurisprudencia se refiere al “*commercial speech*” desde la sentencia “*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*” (1979), para incluir la publicidad dentro de la libertad de expresión, debido a que en una economía de mercado existe un interés constitucionalmente digno de protección en

9. Ibid., pp. 444-445.

10. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0008-2003-PI.

11. GARCÍA GUERRERO, José Luis. “La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 50, 1997, pp. 91-92.

que los ciudadanos estén bien informados sobre los bienes y servicios que se ofrecen.¹²

Adicionalmente, considerando que la autorrealización personal y la libre circulación de las ideas y opiniones son medios para aproximarse a la verdad, la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos *“han fundamentado la posibilidad de que la actividad publicitaria pueda ser considerada como una forma de expresión o información. Ambos insisten en que, en una economía de mercado, la existencia de consumidores bien informados es un valor digno de protección”*¹³.

De la misma opinión es el Tribunal Constitucional peruano, que al respecto ha señalado que: (i) los derechos constitucionales están en principio reconocidos a favor de las personas naturales, pero por extensión, también las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias –ello se desprende implícitamente del artículo 2, inciso 17) de la Constitución, que reconoce el derecho de toda persona de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación–; y, (ii) la libertad de expresión garantiza que las personas –individual o colectivamente consideradas– puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones¹⁴.

Por lo demás, el artículo 19 del Decreto Legislativo 1044, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, señala que el desarrollo de actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú.

Hasta aquí tenemos entonces que si el Tribunal Constitucional aplicara el razonamiento empleado para analizar la constitucionalidad de la ley sobre el tabaco, concluiría que las restricciones incluidas en la Ley de Comida Chatarra afectan los derechos fundamentales al desarrollo de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, y que solo resultarán constitucionales en la medida que resulten respetuosas del principio de proporcionalidad.

4. ¿Qué finalidades persiguen las restricciones indicadas?

Siguiendo el caso de la norma antitabaco, para el Tribunal Constitucional el propósito de la Ley de Comida Chatarra sería proteger la salud de los consumidores de alimentación no saludable, así como evitar los altos costos de la atención sanitaria por sobrepeso y obesidad.

Los demandantes en el caso comentado señalaron que las limitaciones cuestionadas –fumar en lugares públicos cerrados aunque éstos fuesen exclusivos para fumadores, y prohibir fumar en espacios abiertos de centros educativos para adultos– son medidas paternalistas. Los demandantes parten del respeto a la autonomía moral del ser humano, planteado en estos términos por John Stuart Mill:

“La 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,

12. *“In Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748, 96 S.Ct. 1817, 48 L.Ed.2d 346 (1976), the United States Supreme Court opined that commercial speech is entitled to some protection. Based on the public’s right to receive the free flow of commercial information, the Court held that commercial speech is protected by First Amendment speech and may not be prohibited absolutely.”* En: [http://www.floridabar.org/TFB/TFBResources.nsf/Attachments/3BC6699A5248477B85257283005D415D/\\$FILE/Information%20on%20the%20Commercial%20Speech%20Doctrine.pdf](http://www.floridabar.org/TFB/TFBResources.nsf/Attachments/3BC6699A5248477B85257283005D415D/$FILE/Information%20on%20the%20Commercial%20Speech%20Doctrine.pdf). (Revisado el 23 de junio de 2013)

13. DIEZ-PICAZO, Luis María. “Publicidad televisiva y derechos fundamentales”, 1997. En Revista Española de Derecho Constitucional, N° 50, p. 71.

14. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0905-2001-AA/TC.

porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo".¹⁵

Lo mejor de la Sentencia es que sentó las bases del respeto a la libertad, la autonomía privada y los límites a la actuación del Estado, pues indicó que en:

"el reconocimiento al libre desarrollo de la personalidad 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 (...). Dicha limitación constituiría una seria afectación de la autonomía moral del ser humano".¹⁶

El Tribunal añade en el caso de la ley referida al tabaco, que 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 es fundamental para la maduración de las ideas y de las acciones futuras.

La Sentencia continúa todavía de mejor manera, pues citando a Gustavo Zagrebelsky, indica que 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. 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 (...)".¹⁷

A continuación el Tribunal señala que si bien el reconocimiento de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a las libertades de conciencia y de expresión genera la imposibilidad de que el Estado instaure medidas jurídicas paternalistas, esta regla no es absoluta. Cita luego a diversos autores (Francisco Laporta, Ernesto Garzón Valdés y Carlos S. Nino) que justifican en algunos casos la adopción de medidas paternalistas bajo circunstancias excepcionales.

Finalmente, el Tribunal señala, y concuerdo con él, 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.¹⁸

Coincido con el Tribunal Constitucional en que la finalidad de proteger la salud de los consumidores de tabaco, como ocurre con la finalidad de proteger a los consumidores de comida califica-

15. MILL, John Stuart. Traducido por Pablo de Azcarate. *Sobre la libertad* (1859). Madrid: Alianza Editorial, 1988, p. 65. Citado en el fundamento 43 de la Sentencia.

16. Fundamento 45 de la Sentencia.

17. ZAGREBELSKY, Gustavo. Traducido por Álvaro Núñez Vaquero. *Contra la ética de la verdad*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 9-10. Citado por el fundamento 49 de la Sentencia.

18. Fundamento 50 de la Sentencia.

da como no saludable, es constitucionalmente válida. Sin embargo, ello no es razón suficiente para amparar las restricciones contenidas en las normas respectivas. De hecho, es aceptable que la Ley de Comida Chatarra se plantee, como consecuencia de la validez constitucional de la protección que se pretende, implementar políticas públicas de educación y de difusión que fomenten el consumo de alimentos saludables y la realización de actividad física. Sin embargo, considero que las restricciones referidas a la publicidad para menores de 16 años y la exclusividad de los comedores saludables, no superan el test de proporcionalidad.

Como señala el Magistrado Alvarez Miranda en el voto singular de la Sentencia, a propósito del test de proporcionalidad:

- (i) 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.
- (ii) 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.
- (iii) Mediante el 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 beneficios.

5. ¿Las prohibiciones cuestionadas superan el principio de idoneidad?

Luego del marco teórico anterior, referido a la restricción excepcional del Estado de las liber-

tades individuales, el Tribunal Constitucional realiza un salto lógico para sostener que las prohibiciones contenidas en la ley sobre el tabaco sí superan el principio de idoneidad. El fundamento más importante es un informe de la OMS sobre la epidemia mundial de tabaquismo.

Sin embargo, si tuviera que aplicarse el principio de idoneidad a la Ley de Comida Chatarra como el primer paso del test de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional debería ser cuidadoso en determinar si el paternalismo jurídico puede conducir a las restricciones antes mencionadas – publicidad a menores de 16 años y exclusividad de los comedores saludables–.

Una de las definiciones más influyentes de “paternalismo jurídico” es la de Gerald Dworkin, quien empieza su disertación sobre este tema citando a John Stuart Mill: *“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”*.¹⁹

Dworkin entiende por paternalismo a 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 –ejemplos de interferencias paternalistas son leyes que obligan a los motociclistas a usar cascos protectores, leyes de seguridad social, leyes que prohíben bañarse en el mar si no hay salvavidas, leyes que penalizan la tentativa de suicidio, leyes que fijan una tasa máxima de interés para los préstamos, leyes que prohíben ciertos juegos de azar, etc.–.

El autor distingue entre paternalismo puro e impuro. En el paternalismo puro, la clase de personas cuya libertad se restringe es idéntica a la clase de personas cuyo beneficio se intenta promover mediante tales restricciones –ejemplo:

19. MILL, John Stuart. Traducido por Pablo de Azcarate. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, 1970, p. 65. Citado por: DWORKIN, Gerald. Traducido por Jorge F. Malem Seña. *El Paternalismo*. En: R. Wasserstrom (editores). *Morality and the Law*, Belmont, California, 1971, p. 147.

exigir el uso de cinturones de seguridad en los autos, obligar a los testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre—. En el caso del paternalismo impuro, al tratar de proteger el bienestar de una clase de personas encontramos que la única manera de hacerlo implicará la restricción de la libertad de otras personas –ejemplo: restricciones a fumar en lugares públicos—.²⁰

Mill no declara que el Gobierno nunca habría de interferir en la economía, sino más bien que:

“(…) en cada momento, la prueba de producir un caso difícil debería ser realizada no por quien se resiste a la interferencia gubernamental, sino por quien la defiende. En resumen, la práctica general debe ser *laissez-faire*; toda desviación de este principio, a menos que se precise por algún gran bien, es un mal seguro.”²¹

Ello significa que en cualquier caso en el que se pretenda justificar una medida paternalista, la carga de probar que es necesaria pues evitará daños importantes sin restringir severamente las libertades básicas, recae en el Estado –la carga de probar la necesidad de imponer el deber de usar cinturón de seguridad, por ejemplo, es más liviana que la que analizamos ahora, pues se trata de una restricción que parece trivial–.

Sobre este tema, Ernesto Garzón Valdés²² señala que:

“el problema del paternalismo jurídico suele ser también tratado dentro de un contexto más amplio, es decir, el de una posible función moralizante del orden jurídico, que no se limita a procurar prevenir daños físicos, psíquicos o económicos, sino que también podría prohibir conductas por considerarlas intrínsecamente inmorales.”²³

En síntesis, son tres las características más importantes de un acto paternalista: hay una interferencia a la libertad del afectado; se pretende alcanzar un objetivo que cuida sus intereses y bienestar; y se actúa sin el consentimiento del afectado.²⁴

Así, independientemente de que sea o no éticamente justificada, una norma es paternalista si se establece con el fin de obtener un bien para un grupo de personas, sin contar con la aceptación de las personas afectadas. Se justifica éticamente si y solo si los individuos a quienes se aplica no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica, transitoria o no; y se puede presumir racionalmente que ellos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada.²⁵

20. DWORKIN, Gerald. *Op. Cit.*, p. 150.

21. MILL, John Stuart. Traducido por Teodoro Ortiz. *Principios de economía política*. F.C.E., México, 1978, p. 812. Citado por DWORKIN, Gerald. *Op. cit.*, p. 154.

22. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1998. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* Nº 5, p. 156.

23. Para abordar el tema del peligro que puede ocasionar el planteamiento de imperativos morales bajo el argumento del paternalismo, Garzón Valdés señala que un periódico londinense publicó un anuncio de una señora llamada Miss Tan: “*Entusiasta de la humillación, mi pasatiempo favorito es humillar y disciplinar hombres maduros y sumisos, fuertemente atados; da encantadoramente bronceada invita humildes solicitantes, TV y ropa de cuero, 12 del mediodía hasta las 7 de la tarde*”. Los servicios prestados por Miss Tan fueron calificados como “particularmente repugnantes y perversos”, aunque los clientes se sometían voluntariamente a ella. Miss Tan fue condenada a seis meses de arresto domiciliario.

24. CSERNE, Peter. *Freedom of choice and paternalism in contract law: prospects and limits of an economic approach. Thesis Summary*. Supervisor: Prof. Dr. Hans-Bernd Schäfer. Universität Hamburg, 2008.

25. ATIENZA, Manuel, *Paternalismo y Consenso*. En: Muguera, Javier y otros (editores). “El fundamento de los derechos humanos”. Debate, Madrid, 1989. pp. 82-83.

Sobre este punto, inclusive Mill pensó que sus principios sobre el paternalismo solo son aplicables a individuos maduros, no a quienes no han llegado a la "madurez":

"Lo que nos legitima para interferir en las acciones de los niños es el hecho de que carecen de algunas capacidades cognitivas y emocionales requeridas para tomar decisiones completamente racionales. Es una cuestión empírica saber exactamente en qué medida los niños tienen una concepción adecuada de sus propios intereses presentes y futuros, pero no hay ninguna duda de que poseen muchas deficiencias. Dado estas deficiencias (...) se vuelve no solo permitido sino incluso un deber de los padres restringir la libertad de los hijos de varias maneras".²⁶

De lo anterior podría intentar argumentarse que, dado que las medidas paternalistas están destinadas a menores de edad –restringir la publicidad dirigida a menores de 16 años y regular la exclusividad de los comedores saludables en los colegios–, están plenamente justificadas, considerando que los menores de edad no necesariamente pueden tomar decisiones racionales.

Sin embargo, tal argumentación olvidaría que los responsables por las decisiones concernientes a los menores de edad son sus padres o tutores, de modo que justificar tales medidas paternalistas en la incapacidad de los menores, supondría, paradójicamente, desconocer la paternidad de quienes debe ser verdaderamente responsables de la alimentación de sus hijos.

El Presidente de la República parece sustentar su decisión de no haber observado la Ley en la siguiente afirmación: "*Creen que nuestros hijos son mercancías que pueden poner cualquier cosa en la boca*".²⁷ La decisión de poner alimentos en la boca de los niños no es del Estado, sino de los padres.

Ahora bien, el propósito de la Ley de Comida Chatarra es proteger la salud de los afectados, y ese es un fin constitucionalmente protegido, pero ello no basta para la superación del principio de idoneidad, ya que para esto la medida debe ser adecuada para el logro de dicho fin.

En efecto, en este punto es pertinente citar el voto singular de la Sentencia (Magistrado Alvaréz Miranda):

"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 (...), 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"²⁸ (énfasis agregado).

Efectivamente:

"las políticas perfeccionistas se encuentran excluidas, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o excelencia humana. En efecto, esas políticas implican que el Estado solo admite una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo".²⁹

De otro lado, como señala la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana N° T-542/92:

"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

26. Citado por DWORKIN, Gerald. Op. cit., p. 156.

27. Consultar en: <La República.pe.> Edición del 16 de mayo de 2013.

28. Fundamento 16 del voto singular.

29. Sentencia N° 309/97 de la Corte Constitucional de Colombia, del 25 de junio de 1997.

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 esencial³⁰.

Teniendo en cuenta que según el aspecto positivo, las personas tienen derecho a no ser compelidas a llevar una vida saludable, y que desde el aspecto negativo el Estado no puede entrometerse en la vida privada de las personas más allá del límite de lo razonable, es pertinente analizar si las reglas contenidas en la Ley de Comida Chatarra son razonables o no.

A continuación, planteo algunas preguntas cuyas posibles respuestas nos deberían conducir a descartar la razonabilidad de la norma:

- (i) ¿por qué presumir que el Estado puede imponer modelos de vida que no todos compartimos?;
- (ii) incluso si pudiera hacerlo, ¿por qué la Ley protege solo a los menores de edad?; ¿es que los adultos no padecen de obesidad?;
- (iii) ¿por qué se ha excluido la comida no industrializada, si puede tener tanto o más contenido de grasas, sal y azúcar que los alimentos procesados?;
- (iv) ¿cómo sabemos si los niveles de obesidad infantil en realidad se deben a una mala alimentación en el hogar, propiciada por los padres?;

(v) ¿cuál es la evidencia de que eliminar la publicidad de productos procesados vaya a reducir el sobrepeso infantil?; ¿cómo se ha probado que la comida ingerida en las escuelas contribuye fuertemente a la obesidad?³¹;

(vi) ¿cómo sabemos cuántas de las calorías consumidas por los niños provienen de una decisión de ellos?³¹;

(vii) ¿por qué restringir la creatividad publicitaria de un modo tan absurdo?;

(viii) ¿cuál es el sustento para descalificar la capacidad de los padres de decidir cómo se alimentan sus hijos?;

(ix) ¿por qué la norma se olvida de que todos los alimentos cuya comercialización restringe pueden ser consumidos en cantidades razonables?;

(x) si de lo que se trata es de aplacar los efectos del sobrepeso, ¿por qué no someter a todos los ciudadanos a un límite en el ancho de la cintura –considerando que hay una relación directamente proporcional entre la medida de la cintura y el riesgo de padecer enfermedades coronarias–?

Ante tantas dudas, difícilmente la Ley de Comida Chatarra puede superar el principio de idoneidad. Esto es razón suficiente para detener la aplicación del test de proporcionalidad, y concluir que las restricciones contenidas en la Ley de Comida Chatarra son inconstitucionales. Sin embargo, como se verá a continua-

30. "There is a growing belief among policymakers and the general public that competitive foods in schools are a significant contributor to the childhood obesity epidemic. Numerous policy initiatives are underway at the local, state and federal level to regulate the availability of competitive foods in schools. However, the existing empirical evidence motivating these efforts is limited (...). We find that competitive food availability generates in-school purchases of junk foods, but contrary to common concerns, there is no significant effect on children's BMI (body mass index). Nor do we observe significant changes in overall consumption of healthy and unhealthy foods, and in physical activity". DATAR, Ashlesha and NICOSIA, Nancy. *Junk Food in Schools and Childhood Obesity: Much Ado About Nothing?* (Working paper). February 2009. Este estudio de RAND Corporation ha sido citado por Óscar Súmar en el artículo incluido el 7 de mayo de 2013 en el blog "Menú Legal" del Diario Gestión.

31. DEFILIPPI, Enzo. *¿Restringir la venta de algunos alimentos acabará con la obesidad?*, Lima, 2013. En: El Comercio.

ción, La Ley tampoco supera el principio de necesidad.

6. ¿Las prohibiciones cuestionadas superan el principio de necesidad?

Una medida restrictiva de un derecho fundamental no supera el principio de necesidad si existe una medida alternativa que permite conseguir el fin constitucional que se pretende, pero con una menor dosis de restricción de los derechos afectados.

En uno de los párrafos más preocupantes de la Sentencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que él 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 principio 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 las leyes de conformidad con ésta.

Dicho en otras palabras, para el Tribunal no se debe ser tan exigente con el Estado al aplicar el principio de necesidad, pues si bien el Estado debe auto-restringirse cuando afecta las libertades individuales, no debe hacerlo mucho, pues podría terminar “asfixiándose” y comprometiendo sus facultades para imponer reglas. Todo el marco conceptual que parecía impecable –aunque no lo es su aplicación al asunto del tabaco–, se ha visto trastocado. Si queremos preservar un Estado democrático que conduzca al desarrollo económico, debe pasar justo lo contrario a lo que dice el Tribunal en este punto: la restricción a las libertades es excepcional, y es el Estado el que soporta la carga de probar que la medida paternalista que pretenda aplicar está absolutamente justificada.

Dicho esto, hay medidas alternativas que pueden ser aplicadas para alcanzar el fin constitucional de proteger la salud de la población, como por

ejemplo, destinar recursos públicos en campañas educativas y de difusión de los riesgos de no alimentarse de modo saludable, y mejorar el sistema de salud pública. En todo caso, en relación con el consumo exclusivo de alimentos saludables en las escuelas, si se desea lograr ese objetivo, lo que correspondería es obtener el consentimiento previo, informado y por escrito de los padres para que sus hijos sean impedidos de consumir alimentos considerados no saludables.

Aunque, nuevamente, podría detenerse aquí la aplicación del test de proporcionalidad, y concluir que las restricciones contenidas en la Ley de Comida Chatarra son inconstitucionales, a continuación se mencionará brevemente el último paso del test.

7. ¿Las prohibiciones cuestionadas superan el principio de proporcionalidad en sentido estricto?

Como señaló el Magistrado Alvarez Miranda, mediante el 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 beneficios. Este principio supone que cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención.

En este caso, las restricciones son intensas –regulación de la exclusividad de los comedores saludables, y la imposición de severos límites a la publicidad dirigida a menores de 16 años–, de modo que la certeza de que la intervención del Estado alcanzará el objetivo propuesto, debe ser también muy alta. Sin embargo, el Congreso no nos ha persuadido de ello.

Por las razones anteriores, las restricciones contenidas en la Ley 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes, son inconstitucionales, pues además de implicar una interferencia inaceptable en las libertades individuales, sus disposiciones son incoherentes con el fin que persigue lograr.