

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO



RESTRICCIONES A LA COMERCIALIZACION EN LOS COLEGIOS DE LA  
DENOMINADA “COMIDA CHATARRA” EN LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa con mención a la  
gestión empresarial

AUTOR: Francisco Armando Cabezas Pereda

ASESOR: Renzo Saavedra Velazco

JURADO

Hebert Tassano Velaochaga (Presidente)

Renzo Saavedra Velazco

Eduardo Quintana Sánchez

LIMA - PERÚ

2015

*A mis padres Blanca y Jesús, así como a mi  
esposa Mónica por creer en mí.  
A mi hijos Alejandro y Gabriel, con la esperanza  
que hereden un mundo mejor.*



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I .....	8
1.1. La Constitución de 1993: Constitución dogmática, orgánica y económica .....	8
1.2. Marco Constitucional Orgánico .....	9
1.2.1. Estado Social de Derecho .....	9
1.3. Marco Constitucional Económico .....	22
1.3.1. Economía Social de Mercado .....	22
CAPÍTULO II .....	30
2.1. Hacia una interpretación uniforme: Marco Constitucional Dogmático y su relación con la Constitución Orgánica y Económica .....	30
2.2. Derecho de los niños y adolescentes .....	33
2.3. Derechos fundamentales involucrados .....	38
2.3.1. Derecho fundamental a la Libertad de Empresa .....	38
2.3.2. Derecho fundamental a la Libertad Individual .....	43
2.3.3. Derecho fundamental a la No Discriminación .....	46

2.3.4. Derecho fundamental a la Salud .....	48
CAPÍTULO III .....	53
3.1. La comida procesada industrialmente .....	53
3.2. Confrontación de la potestad del Estado de restringir derechos fundamentales .....	58
3.2.1 Respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad .....	58
3.2.2 Respecto a los límites del derecho a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada .....	60
3.2.3 Respecto a los límites del derecho a la no discriminación .....	61
3.3 Test de Proporcionalidad .....	61
3.3.1 Respecto a si la Ley persigue una finalidad constitucionalmente válida .....	62
3.3.2 Respecto a si la Ley resulta idónea para alcanzar los fines propuestos .....	65
3.3.3 Respecto a si la Ley resulta necesaria para alcanzar los fines propuestos .....	78
3.3.4 Respecto a si la Ley supera el principio de proporcionalidad en sentido estricto ....	82
CONCLUSIONES .....	83
BIBLIOGRAFÍA .....	85

## INTRODUCCIÓN

Actualmente, existe en el Perú una gran corriente de opinión respecto a la necesidad de restringir la comercialización de alimentos procesados industrialmente, especialmente en los sectores considerados más vulnerables: los niños y adolescentes. Así tenemos la promulgación de la Ley N° 30021 – Ley de Promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes (en adelante, la Ley), que restringe la venta de este tipo de alimentos en todos los colegios del país, así como limitaciones a las publicidades de estos productos que vayan dirigidos a menores de 16 años.

Aquí nos encargaremos de estudiar a los alimentos que siendo procesados industrialmente, son altos en azúcar, grasas y calorías; razones por las que el Estado Peruano ha decidido restringir su comercialización en los colegios, alegando que su habitual consumo produce obesidad y por tanto genera un problema de salud pública en los niños y adolescentes que dichas restricciones busca combatir.

Se podría suponer que adoptar este tipo de medidas no tiene nada de negativo, máxime si la Ley busca combatir un problema de salud pública y resulta hasta deseable que los menores adquieran buenos hábitos alimenticios. No obstante, el hecho que existan restricciones para su venta pese a que los alimentos industriales – en su mayoría – cuentan con registro sanitario y son sometidos a rigurosos procesos de inspección por la autoridad sanitaria, obligándolos a contar con todas las licencias necesarias para garantizar la idoneidad de estos productos en el consumo humano, podría interpretarse como un exceso injustificado por parte del Estado y por ende un atentado al derecho de la libertad de empresa de las compañías que producen este tipo de productos; y no menos importante, un atentado a la libertad individual de toda persona (como ciertamente, lo son los niños y adolescentes) de decidir que alimentos consumir y que no. De igual forma, el hecho de que se aplique solamente a los alimentos procesados (y no a otros que pudieran producir los mismos efectos) hace que estos adquieran protagonismo dentro del Derecho Constitucional, en vista que este trato diferenciado puede ser tildado de discriminación.

En líneas generales, el Estado señala que al ser los alimentos industrializados altos en grasas y azúcares, su consumo en exceso produce sobrepeso y obesidad en los niños y

adolescentes, población más vulnerable a la publicidad de estos productos, por lo que dentro de sus facultades para decidir las políticas públicas, considera que la manera de reducir este problema de salud es restringiendo su comercialización en los colegios del país, lugares donde se concentran la mayoría de niños y adolescentes y por ende expuestos a la compra de esta clase de alimentos. Lógicamente, la intención es loable, pero cabe preguntarse si estableciendo prohibiciones de este tipo realmente se llegará al fin propuesto, que es el de reducir los índices de sobrepeso y obesidad en los menores y por ende reducir los costos en materia de servicios de salud por dichos motivos, máxime si el costo de esta clase de políticas es aparentemente alto: el de colisionar con el derecho de las empresas de realizar el comercio de estos productos y el de las personas de sentirse libres de decidir que alimentos consumir.

Lamentablemente en el Perú, a la fecha no existe un caso similar que podría ser materia de análisis y comparación. De hecho, los únicos productos de consumo humano al que se les obliga a restringir su comercialización – en especial – en los colegios son el licor y el tabaco, que es un filtro que utiliza el Estado para que los menores no padezcan de los males propios que el consumo de estos productos ocasiona.

La finalidad de este trabajo es que a partir de lo establecido en la Ley N° 30021, determinar si efectivamente estas prohibiciones aplicables a los menores, vulnera el derecho constitucional a la empresa, libertad al libre desarrollo del menor y no discriminación, o más bien estamos frente a un caso donde el derecho constitucional de proteger la salud pública en los menores es un bien superior que justifica limitar los otros derechos mencionados.

Así pues, el objetivo del primer capítulo de esta tesis es realizar un análisis que nos permita responder a qué tipo de Estado nos somete nuestra carta magna, los principios que lo consagran y sus facultades. Entender este marco resulta muy importante, porque nos permitirá entender la base sobre los que se inspiran los derechos fundamentales.

Una vez que entendamos sobre qué base los derechos fundamentales descansan, el objetivo del segundo capítulo será responder cómo frente a dicho tipo de Estado se debe interpretar al derecho a la empresa, la igualdad, la libertad y la salud.

Después de saber cómo se interpretan los citados derechos fundamentales, el objetivo del tercer capítulo será confrontar la potestad del Estado de restringir estos derechos y de cómo colisionan entre sí, a la luz de la problemática planteada y de si – finalmente – es constitucional restringir la comercialización de este tipo de alimentos dentro de los colegios.

Finalmente, cabe señalar que, para poder entender los argumentos invocados por los colegios, se ha tenido que profundizar en temas técnicos, como por ejemplo – entre otros – en que se debe entender por “comida procesada” y “comida saludable”, “sobrepeso” y “obesidad” y de cómo éstas actúan en la formación de problemas de obesidad, pues serán éstos factores el que -en nuestra opinión- nos ayudarán también a resolver la disyuntiva supra mencionada. A la fecha del presente trabajo, el Estado aún se encontraba debatiendo el reglamento de la Ley N° 30021, por lo que en principio recogeremos estudios técnicos y científicos de organizaciones mundialmente reconocidas para este tipo de temas.

De esta manera, buscamos adelantar una respuesta acerca de si este tipo de restricciones a la comida procesada son constitucionalmente aceptables en el Perú.

## CAPITULO I

### **1.1 La Constitución de 1993: Constitución dogmática, orgánica y económica**

Tradicionalmente, la Constitución se ha dividido en dos partes, una dogmática que contiene los derechos fundamentales de las personas, y la otra orgánica que contiene los dispositivos que establece la forma del Estado, su organización, funciones, competencias y demás aspectos relacionados con ella.

En la Constitución peruana vigente, la parte dogmática claramente la podemos hallar en el Título I denominada “De la persona y de la sociedad” en cuyo capítulo I se desarrolla los derechos fundamentales de la persona (artículos del 1° al 3°) y capítulo II donde se desarrolla los derechos sociales y económicos (artículos del 4° al 29°).

Mientras que la parte orgánica la encontraremos en el Título II denominado “Del Estado y la Nación” (artículos del 43° al 57°) y Título IV denominado “De la Estructura del Estado” (artículos del 90° al 199°).

Ahora bien, con el devenir del tiempo y el transcurso de los años, esta división tradicional ha dado paso a otros conceptos, tales como el de la “Constitución Económica”, es decir, aquella parte de la Constitución que se centra en el contenido del régimen económico adoptado por la nación. En el caso peruano, esta parte la podemos hallar en el Título III denominado “Del Régimen Económico” (artículos del 58° al 89°).

Cabe considerar que dichas divisiones no son estrictas, porque en la parte dogmática podemos encontrar aspectos de carácter orgánico y económico y viceversa; sin embargo se recurre a estas divisiones conceptuales para darle un orden que ayude a comprender mejor el contenido de la carta magna.

Para un mejor análisis de nuestro caso, consideramos importante hacer mención de ellas, toda vez que cada parte regula aspectos que si bien son específicos



deben ser interpretados tomando en cuenta a las demás, de tal forma que si por ejemplo surgiera alguna duda respecto de la forma de interpretar algún derecho consagrado en su parte dogmática, dicha interpretación se debe realizar tomando en cuenta los conceptos que la carta magna recoge en su parte orgánica y económica, toda vez que estos últimos terminarán definiendo como se debe interpretar la primera.

Por las razones expuestas, en los siguientes puntos vamos a desarrollar dentro del marco constitucional orgánico y económico, los conceptos de Estado Social de Derecho y Economía Social de Mercado, por servir los mismos de base sobre los que reposa los valores y principios constitucionales en sus demás aspectos, tales como los derechos fundamentales de la persona y por ende de los niños y adolescentes, toda vez que no hay que perder de vista que la problemática planteada en la presente tesis, afecta directamente a este grupo humano.

## 1.2 Marco Constitucional Orgánico

### 1.2.1 Estado Social de Derecho

El Perú no ha sido ajeno a la concepción del Estado Social de Derecho, pero no sería hasta la Constitución de 1979, en específico en su artículo 4°, que lo adoptaría expresamente como eje central de sus políticas públicas. Respecto de la Constitución de 1993 vigente, si bien lo social está contenido en muchos dispositivos de nuestra Carta Magna, es importante saber que se debe entender por tal. En esa línea, cabe señalar que el Estado Social de Derecho está consagrado en la parte orgánica de la Constitución, específicamente en el artículo 43°, que a la letra señala que la República del Perú es democrática, “social”, independiente y soberana<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Constitución Política del Perú. **Artículo 43°.**- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

Vemos pues, como nuestra Constitución le atribuye cuatro cualidades al Estado peruano: democrático, social, independiente y soberano. Aquí nos ocuparemos del atributo “social”, toda vez que su configuración nos ayudará a comprender el tipo de Estado al que nuestra Constitución nos somete y como dicha cualidad influye en interpretar los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. En tal sentido, en los siguientes párrafos repasaremos brevemente las causas históricas que forjaron el concepto de Estado Social de Derecho, para terminar definiéndola y de cómo ella – finalmente – se recoge en nuestra Constitución política.

Pues bien, se entiende por Estado Social de Derecho al desarrollo conceptual hecho principalmente por prominentes juristas, politólogos y científicos sociales germanos durante fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el cual se vio materializado durante el siglo pasado con la convergencia de diversos factores sociales, económicos y políticos que se vieron reflejados en una nueva concepción del Estado que sucedería al Estado Liberal de Derecho, aunque no en contradicción irresoluble con éste.

Los distintos factores que confluyeron en el surgimiento del Estado Social de Derecho son detallados por Alfonso Gándara Feijoo tal como sigue:

### 1. El comienzo de la Lucha de Clases

El proletariado, tal y como fue definido por Marx y Engels, era una nueva clase social que surgió como producto del capitalismo, el liberalismo y la Revolución Industrial. Compuesto en su gran mayoría por obreros industriales, los cuales eran explotados a una escala solo comparable a la ya abolida esclavitud, los filósofos alemanes ya citados teorizaron sobre medios para revertir dicha situación socioeconómica, llegando a la conclusión que la única vía era la revolución y la lucha de clases para obtener cambios patentes y duraderos.

Dichas teorías calaron hondo en la clase obrera y el sistema capitalista, con su correlato del Estado Liberal de Derecho, empezaron a ser

fuertemente cuestionados. Así, algunos Estados asumieron a rajatabla la doctrina marxista, abrazando el comunismo (con todos los excesos que ello originó), mientras que otros, más moderados, optaron por el socialismo como solución equilibrada (como lo veremos en el punto 5 de este apartado). Sin embargo, ambos esquemas tenían en común que la intervención del Estado en materia económica y social no solo era necesaria e inevitable, sino también impostergable, por los distintos conflictos sociales que se estaban generando a consecuencia de estas marcadas desigualdades.

## 2. La Revolución Mexicana

Considerado como el evento sociopolítico más trascendente del siglo pasado para los mexicanos, este levantamiento armado de 1910 creó las condiciones para que en 1917 se redactara la célebre Constitución de Querétaro, la cual también contribuiría al desarrollo del Estado Social de Derecho. Entre las novedosas prerrogativas que introdujo esta Carta Magna están la expansión de la educación pública, la separación entre Iglesia y Estado, la definición de un régimen de nacionalizaciones y expropiaciones y, sobre todo, la consagración de los derechos sociales de trabajadores y campesinos.

## 3. La Constitución de Weimar

Apenas dos años después, al otro lado del Atlántico y de manera más pacífica, Alemania aprobaba su famosa Constitución de Weimar, sobre la base de postulados teóricos que se remontaban hasta el siglo XIX. Dicha Carta Magna propugnó que el Estado no debía asumir un rol contemplativo, sino más bien protagónico, en el cumplimiento y satisfacción de los derechos sociales enunciados en su texto.

Adicionalmente, el estado penoso de los trabajadores hizo fácil que se desarraigara la idea de igualdad absoluta entre ciudadanos, pues claramente era una idealización conceptual no ajustada a la realidad. Se redefinió así la idea de justicia en Europa continental, la cual solamente

se alcanzaría estableciendo un tratamiento igual para situaciones iguales, pero desigual para casos desiguales. De esta manera surgen los derechos sociales, económicos y culturales, los llamados "de segunda generación", con el Estado como garante de su concreción.

#### 4. El Crack Económico de 1929

Tras un largo período de bonanza económica que se remontaba prácticamente a su independencia, Estados Unidos sufrió una crisis monstruosa, la cual generó una drástica reducción de su producción industrial, innumerables quiebras y caída en picado del valor de las acciones de muchas empresas, todo lo cual generó una oleada de desempleo jamás vista en la principal potencia mundial, la denominada Gran Depresión. Cabe señalar que las crisis del sistema capitalista fueron estudiadas por Marx, quien las calificó de cíclicas e inevitables.

Con el fin de echar a andar de nuevo a su nación, el entonces presidente Franklin Delano Roosevelt implantó un nuevo modelo estatal, el *New Deal*. Inspirado en teorías keynesianas, se impuso un rol más activo del Estado como generador de empleo, se aumentó el gasto público, se impuso mayores controles a la economía y se creó la figura de los impuestos progresivos. Era la partida de nacimiento de una economía mixta, sin duda, la cual se denominó capitalismo de Estado.

#### 5. El nacimiento de la Socialdemocracia

Como se expuso en el primer punto de este apartado, la Socialdemocracia fue la vía moderada alternativa al comunismo. Nada revolucionaria ni extremista, defendía el reformismo paulatino y conservaba de su hermano teórico los programas de beneficio social, pero insertos en una economía capitalista y liberal, sin negar eso sí el papel del Estado como catalizador e instrumento de la reforma social que el marxismo primigenio propugnaba.

Así, vemos que el rol del Estado se redefine al de un ente promotor del desarrollo. La democracia política y la democracia económica deben coexistir y ser parte del programa de gobierno, además de extender novedosas formas de propiedad pública y privada, ya sea en sectores estratégicos de la economía como en el plano micro, que permita el emprendedurismo y el desarrollo particular de la riqueza. El campo de pruebas de esta teoría fue la Europa Occidental arrasada tras la Segunda Guerra Mundial, cuya milagrosa reconstrucción probó las bondades del sistema y su exportabilidad hacia el resto del Mundo, bajo el nombre de Estado Social de Derecho<sup>2</sup>.

Ahora bien, una vez revisado el proceso histórico por lo que atravesó el Estado Social de Derecho, pasemos ahora a revisar la opinión de algunos autores respecto a aquél.

Los autores Baldo Kresalja y César Ochoa señalan que mientras el Estado de Derecho surge de la oposición de la burguesía contra el Estado, el Estado Social nace cuando aparecen elevadas demandas de la sociedad por servicios del Estado<sup>3</sup>. A decir de estos autores, es a finales del siglo XIX cuando surge primigeniamente un Estado en busca de satisfacer las necesidades sociales básicas, proceso que se efectiviza en aumentos significativos de los presupuestos y la burocracia estatal, siendo ya en el siglo XX en que las sociedades capitalistas avanzadas de Occidente, conjugan una serie de factores tales como la extensión del sufragio universal, las consecuencias de la primera guerra mundial, la crisis económica de 1929 y la presión de los movimientos obreros (procesos históricos brevemente explicados en párrafos anteriores), los que dieron como resultado la evolución del Estado burgués liberal, lo que en el ámbito

---

<sup>2</sup> Alfonso Gándara Feijoo. "Del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho". 1ra. Edición, 1983. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Mérida – Venezuela (pp. 11 y ss.).

<sup>3</sup> Baldo Kresalja y César Ochoa. "Derechos Constitucional Económico". 1ra. Edición. 2009. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (pp. 227).

económico se manifestó en una intervención creciente del Estado, con el propósito de obtener y garantizar el bienestar.

De otro lado, Beatriz Gonzáles Moreno argumenta que el Estado debe comprometerse a que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que éste integra sean reales y efectivas, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural, política, social y económica. Así, la función política de la Constitución del Estado Liberal viene a establecer los límites del poder respecto del ámbito de la libertad individual; es el marco de abstención de intervención del aparato estatal lo que garantiza un ámbito social de autodeterminación individual.

En el mismo orden de ideas, esta autora afirma que la igualdad de los ciudadanos muestra sólo un perfil jurídico – formal, dado que la dinámica social genera una desigualdad natural. Éste era el efecto y defecto propio del Estado Liberal del siglo antepasado, en el cual la sociedad era antagónica al Estado, tanto en sus intereses como en sus actividades. Por ello, la constitución del Estado Social encuentra su justificación histórica en el intento de remediar la desigualdad material de los ciudadanos sometidos a las cuadrículadas y muchas veces crueles leyes del mercado, las cuales generan profundas diferencias y conflictos sociales<sup>4</sup>.

Del mismo modo, Víctor García Toma acota que la noción de Estado Social de Derecho propugna que, sobre la base del Estado de Derecho, se amolde la convivencia de los ciudadanos dentro de un orden económico y social con vocación de plasmar la justicia social y aspirar a una sociedad con igualdad de oportunidades para todos. Ello implica, como correlato a la convicción humanista del bienestar compartido y la búsqueda de una convivencia digna, que mediante acciones equitativas y redistributivas se garanticen las posibilidades de desarrollo personal y familiar de aquellos grupos en desventaja en lo referente a condiciones de existencia. Así, el Estado Social

---

<sup>4</sup> Beatriz Gonzáles Moreno. “El Estado Social. naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales”. 1ra. Edición. 2002. Editorial Civitas Ediciones S.L. – Madrid, España. (pp. 38).

de Derecho surge como consecuencia de la incorporación de cláusulas de contenido económico y social – como ciertamente incluye la Constitución Política del Perú como veremos más adelante – reflejo de estos nuevos roles, tareas y fines del Estado, como son la promoción de la equidad económica, la justicia social y la seguridad social<sup>5</sup>.

De similar opinión es Magdalena Correa Henao, quien además precisa que la prevalencia del componente social igualitario del Estado Social de Derecho se evidencia en su carácter de principio estructural, en la medida que se convierte en pauta de interpretación de la totalidad del sistema jurídico interno, toda vez que la integridad de las normas que lo componen deben ceñirse a lo así propuesto, diferenciándose así del Estado Liberal de Derecho. Es decir, se integran la libertad, la igualdad y la solidaridad para la concreción del orden justo y se marca los derroteros del funcionamiento de las instituciones, poderes del Estado y la sociedad, acorde a los nuevos desafíos de estos tiempos<sup>6</sup>.

Por su parte, María del Pilar Hernández Martínez explica que en el esquema del Estado Social de Derecho, la dignidad humana engloba la esencial igualdad ante la ley y la justicia. Es decir, el concepto de igualdad formal ante la ley ya no es operativo en este esquema, se hace necesaria e impostergable la igualdad material como consecución de un norte que se concreta en la materialización de igualdad de oportunidades. Ya no se puede comprender la justicia desde la óptica de los meros intereses individuales de las partes, sino en función de la mayor tutela de los intereses sociales<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Víctor García Toma. “Teoría del Estado y Derecho Constitucional”. 4ta. Edición. 2014. Adrus Editores – Lima, Perú (pp. 182 y ss.).

<sup>6</sup> Magdalena Correa Henao. “Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho”. 1ra. Edición. 2008. Universidad Externado de Colombia – Bogotá, Colombia (pp. 101 y ss.).

<sup>7</sup> María del Pilar Hernández Martínez. “Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos”. 1ra. Edición. 1997. Universidad Nacional Autónoma de México - México, D. F., México (pp. 21 y ss.).

De la misma opinión es Magdiel González Ojeda, quien explica que no es posible abogar por la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real. Todo ello supone un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico y sustenten sus funciones, para así poder concretar los objetivos del Estado. Por tal razón, señala la autora, sin negar los valores del Estado Liberal, el Estado Social de Derecho pretende hacerlos más concretos, al conferirles una base y un contenido material, partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino que son términos tan complementarios que no podría entenderse el uno sin el otro<sup>8</sup>.

De otro lado, según Luis Villar Borda, basta que el Estado acepte e incorpore al orden jurídico, a partir de su propia Constitución, ciertos derechos sociales junto con los clásicos derechos políticos y civiles, para que se constituya como un Estado Social de Derecho. Estos últimos son catalogados como derechos de primera generación, mientras que los derechos sociales se han calificado como derechos de segunda generación e incluso se ha aceptado en la actualidad la existencia de derechos de tercera generación. Argumenta este autor que los derechos sociales, a diferencia de los derechos políticos y civiles, son de corte positivo, es decir que obligan a determinadas prestaciones por parte del Estado o de los particulares<sup>9</sup>.

Pues bien, habiendo revisado el proceso histórico y la opinión de algunos autores respecto a lo que debemos entender como Estado Social de Derecho, podemos advertir que el mismo se forja como consecuencia de las necesidades irresueltas del Estado Liberal, centrémonos un poco en esto. En efecto, cabe destacar que originalmente el Estado de Derecho propugnaba la idea de una sociedad civil capaz de regularse por sí misma, cuya

---

<sup>8</sup> Magdiel González Ojeda, "Historia de las ideas políticas", Primera Edición. Palestra Editores, Lima- Perú, 2004 (pp. 64 y ss.)

<sup>9</sup> Luis Villar Borda, "Estado de Derecho y Estado Social de Derecho", Revista Derecho del Estado N° 20, diciembre 2007, Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. (pp. 73 y ss.)



intervención del estado se limitaba a defender y garantizar el ejercicio de dicha libertad. Es lo que se conocía comúnmente como “Estado Liberal”. Sin embargo; el problema surgió en que existían situaciones en que el mero ejercicio de la libertad individual no resolvía problemas que afectaba a la sociedad en general, por lo que una mayor intervención del Estado era necesaria. Por ejemplo, a una persona que no tenía recursos para educarse, de nada le servía que tuviera la libertad de elegir alguna carrera profesional, de igual forma existían personas que no podían acceder a centros de salud privados, por lo que nada le servía tener la libertad de elegirlos, de hecho esta situación originaba problemas sociales, que conllevó a la sociedad reclamar una mayor intervención del Estado que abarcara la protección de los sectores sociales más débiles. El Estado Social, así entendido emerge entonces como aquél que realiza prestaciones a la sociedad con la finalidad de asegurar una forma de vida adecuada a sus integrantes.

En suma, el Estado Social de Derecho, significa un esfuerzo histórico de adaptación del modelo de Estado Liberal, imperante hasta las primeras décadas del Siglo XX, a las condiciones sociales de la civilización industrial y sus nuevos y complejos desafíos. Es una suerte de respuesta al individualismo del Estado Liberal, que sin romper con él pretende corregir las bases económicas capitalistas de libertad absoluta de mercado, con una mayor presencia del Estado en la vida social y económica de los países, garantizando la atención de las necesidades básicas de sus ciudadanos y promoviendo una mayor participación popular en el manejo estatal.

Hemos visto también, como la doctrina es pacífica en el sentido que el Estado Social surgió para resolver los problemas que trajo consigo el Estado Liberal cuya aplicación no resolvía la satisfacción de las necesidades sociales básicas. Es el tipo de Estado que brinda servicios a quienes la integran para satisfacer dichas necesidades y con ello garantizar derechos considerados fundamentales para que sus miembros puedan mantener el nivel de vida necesario para participar plenamente en la sociedad.

Entonces y como se puede apreciar, acorde con lo expuesto en los párrafos precedentes, el concepto de Estado Social de Derecho no es jurídico, sino económico y político, si bien se ha generalizado su inclusión en la mayoría de Constituciones vigentes – como la nuestra – que han abrazado dicha concepción del Estado, positivándola en su legislación para darle mayor peso y funcionalidad a sus políticas públicas, al establecer mandatos legales imperativos.

Al adoptar el Perú un Estado del tipo social, se debe considerar el hecho que no estamos ante un Estado abstencionista cuya única finalidad es garantizar el ejercicio de las libertades individuales, sino un Estado que interviene a través de su aparato estatal para garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de sus miembros. Es en este tipo de Estado en el que se debe interpretar y aplicar los derechos fundamentales que consagran la Constitución.

Establecido el concepto de Estado Social, podemos advertir como aquél interviene en múltiples aspectos de nuestra Constitución. Así tenemos que, en el caso de los niños y adolescentes (objeto importante de estudio de la presente tesis), existe una protección especial para aquéllos que están en estado de abandono (art. 4°) y el aseguramiento de programas de educación e información que les resulten adecuados (art. 6°).

En materia de educación, el Estado promueve el desarrollo científico y tecnológico del país (art. 14°), asegura que nadie se vea impedido de recibirla (art. 16°) a través de la educación gratuita en los niveles – entre otros – de primaria y secundaria (art. 17°).

En materia de salud, el Estado es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud (art. 9° y 11°).

En materia económica, la iniciativa privada se ejerce en una Economía Social de Mercado (art. 58°).

Si bien existen más dispositivos relacionados al Estado Social, los arriba mencionados son los que se encuentran relacionados directa e indirectamente a los niños y adolescentes, grupo humano al que afecta directamente la problemática planteada en la presente tesis, los mismos que deberán ser interpretados dentro de ese marco social que nuestra Constitución les otorga.

Ahora bien, cuando nuestra Constitución hace referencia al Estado no lo hace solamente en su dimensión social, democrática, independiente y soberana, tal como ya lo hemos manifestado al inicio del presente acápite, sino que en su artículo primero<sup>10</sup>, (y seguramente recogiendo las ideas de María del Pilar Hernández Martínez arriba mencionadas y de tantos otros autores), establece su finalidad: la de defender a la persona humana y respetar su dignidad, siendo que dicha finalidad no solamente es prerrogativa del Estado Social sino de la comunidad en general. La dignidad humana, se convierte pues en la finalidad que busca ese Estado Social de Derecho en el Perú.

Por otro lado, si bien el artículo primero hace referencia a la dignidad humana como fin supremo del Estado Social, también establece que es el fin supremo de la “sociedad”, lo cual supone la consagración del principio de solidaridad (mencionado por Magdalena Correa Henao en párrafos precedentes) de toda la sociedad para contribuir en lograr dicho objetivo.

Dignidad y Solidaridad, se convierten pues en dos presupuestos importantes en el Estado Social de Derecho en nuestro país, por lo que resulta importante entender ambos conceptos. Para tal efecto, a continuación

---

<sup>10</sup> Constitución Política del Perú. **Artículo 1°.**- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

pasaremos a ver cómo el Tribunal Constitucional, interpreta los conceptos de dignidad y solidaridad y como ambos se relacionan con el Estado Social.

Respecto a la dignidad humana y su relación con el Estado Social, el Tribunal constitucional ha señalado<sup>11</sup>, citando al filósofo Immanuel Kant, que la dignidad humana y el hombre como fin en sí mismo es el fundamento de toda acción social del Estado, para garantizar la mejor calidad de vida posible para sus ciudadanos. Así mismo, el supremo intérprete de la Constitución también señala principios democráticos como la soberanía popular, igualdad, la Economía Social de Mercado y el bien común como directrices del régimen social consagrado en nuestra Carta Magna<sup>12</sup>.

Respecto al principio de solidaridad y su relación con el Estado Social, el Tribunal Constitucional ha señalado que la contribución a los gastos públicos, vía el pago de tributos, es una manifestación del principio de solidaridad y, como tal, vinculado al rol del Estado Social de Derecho<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> *“Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todos los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas”*

EXP. N° 0014-2002-AI-TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>) Fecha de consulta: 18 de febrero 2013.

<sup>12</sup> *“...desde tal perspectiva, bajo la directriz de la dignidad de la persona humana, valor por excelencia de nuestro orden constitucional, es primordial integrar el contenido social de la República (artículo 43° de la constitución); el material ético del principio democrático, presente no sólo como presupuesto de los derechos políticos, de lo que es por ejemplo incuestionable el artículo 35° de la Ley Fundamental, sino también en el ejercicio de los derechos económicos y sociales (v.g. el artículo 28°); el principio de soberanía popular (artículo 3° y 43°); el principio de igualdad, especialmente en su vertiente sustancial, contenida de manera manifiesta en el artículo 59°; y en el caso más concreto de la economía, el principio de economía social de mercado (artículo 58°), amén del bien común...”*

EXP N° 0008-2003-AI-TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>) Fecha de consulta: 18 de febrero 2013.

<sup>13</sup> *“El objetivo de la denominada “bancarización” es formalizar las operaciones económicas con participación de las empresas del sistema financiero para mejorar los sistemas de fiscalización y detección del fraude tributario. A tal propósito coadyuva la imposición del ITF, al que, a su vez, como todo tributo, le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado Social de Derecho (artículo 43 de la constitución). Se trata, pues, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado, y, de otro, a la promoción*

Por nuestra parte, compartimos la opinión del Tribunal Constitucional cuando señala que la dignidad se refiere esencialmente al “respeto” y sobretodo el “lograr una mejor calidad de vida de las personas”, mientras que la solidaridad se manifiesta en aquéllos deberes de colaboración de la sociedad en general para promocionar su propio bienestar.

Mientras que la dignidad humana supone un bien deseable por sí mismo, cabe acotar que los alcances del principio de solidaridad en la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional son objeto de álgidas discusiones, como lo hace notar César García Novoa, ya que por una parte, construye la solidaridad en la legitimidad del establecimiento de deberes de colaboración, al admitir una mayor flexibilidad y adaptación de la figura impositiva a las necesidades sociales, ya que el Estado no actúa ajeno a la sociedad, sino que la incorpora, la envuelve y la concientiza en el cumplimiento de deberes, configurándose así otro instrumento para la realización de las metas del Estado Social de Derecho. Pero, de otro lado, la invocación acrítica y generalizada del principio de solidaridad, legitimando el uso y abuso del poder al margen de las exigencias de la capacidad contributiva y la igualdad, resulta peligrosa, por decir lo menos<sup>14</sup>.

Retomando el hilo inicial y a efectos de cerrar el presente acápite, podemos resumir que el Estado Social de Derecho es aquél que realiza prestaciones a la sociedad con la finalidad de asegurar una forma de vida adecuada a sus integrantes.

---

*del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la constitución), mediante la contribución equitativa al gasto social”*

Exp. N° 00042004-AI-TC y otros acumulados (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%2000011-2004-AI%2000012-2004-AI%2000013-2004-AI%2000014-2004-AI%2000015-2004-AI%2000016-2004-AI%2000027-2004-AI.html>) Fecha de consulta: 18 de febrero 2013.

<sup>14</sup> César García Novoa. "La doctrina del principio de solidaridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". Revista Peruana de Derecho Tributario de la Universidad San Martín de Porres N° 11, 2009.

Esta forma de vida adecuada, no es otra que la finalidad del Estado Social de Derecho, cuando señala que tal finalidad es la dignidad de la persona. La dignidad de la persona por tanto, se convierte en el fin supremo del Estado Social y base fundamental del ejercicio de todo derecho fundamental.

Adicionalmente a lo expuesto, el Estado Social de Derecho responde al principio de solidaridad de la sociedad. Por tanto, no es solo deber del Estado Social contribuir en que los derechos fundamentales tengan real aplicación práctica a todos los individuos que la componen, sino es deber de la comunidad en general contribuir a ello. El Estado y la comunidad que lo integra se convierten por tanto en verdaderos garantes del real ejercicio de los derechos fundamentales.

### **1.3 Marco Constitucional Económico**

#### **1.3.1 Economía Social de Mercado**

Partamos de un ejemplo relacionado al tema que nos ocupa, imaginemos que en el ejercicio de nuestra libertad individual constitucionalmente consagrada decidimos viajar a provincia para crear un colegio dedicado a brindar el servicio educativo y dentro de él concesionamos a una tercera persona un quiosco o comedor donde se pueda expender alimentos de consumo masivo, tales como los industrialmente procesados, donde niños y adolescentes pueden comprar los productos que decidan en los horarios reglamentados para dicho fin.

Hasta aquí advertimos una serie de comportamientos; el de nosotros cuando viajamos a provincia, nos instalamos físicamente en ella y creamos un colegio; el del concesionario que participa en una licitación privada, instala un quiosco y vende alimentos; y finalmente el de niños y adolescentes que se trasladan físicamente al colegio, estudian el plan curricular y compran los productos alimenticios que se expenden en el quiosco; todos estos

comportamientos tienen algo en común: el ejercicio de nuestro derecho individual para viajar, crear empresa y participar en el intercambio comercial que decidamos, es decir, de participar directamente en el mercado económico. La economía por tanto, interviene en el quehacer diario del hombre y se relaciona directa e indirectamente con el ejercicio de nuestro derecho fundamental a la libertad. Vemos pues, como el derecho de la libertad individual constitucionalmente reconocida se traslada al ámbito económico.

Dicho esto, cabe preguntarse cómo se relaciona la Economía Social de Mercado con el Estado Social de Derecho, éste cuyo fin es la dignidad de la persona materializado en una mejor calidad de vida.

Para el estudio de nuestro caso, la Economía Social de Mercado constituye un pilar importante que nos servirá de base para interpretar adecuadamente los derechos fundamentales involucrados. En las siguientes líneas, desarrollaremos brevemente el origen histórico de dicho concepto, para luego definirla y finalmente analizar de qué forma es recogida por nuestra Constitución Política.

El contexto histórico del desarrollo del concepto de Economía Social de Mercado se remonta hacia el final de la II Guerra Mundial. Con una Alemania en ruinas y con la imperiosa necesidad de reconstruirla, reputados economistas germanos, además de Müller-Armack, como Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow, Walter Eucken, Leonhard Miksch y Franz Böhm, junto con especialistas de otras disciplinas, buscaron el mejor ordenamiento posible de la economía, lo que implicaba un conjunto coherente de principios económicos e institucionales, además de nuevas condiciones sociales y consideraciones éticas. Finalmente, le correspondió a Ludwig Erhard la aplicación práctica del concepto, pues como ministro de Economía impulsó la reforma económica y monetaria alemana de 1948, que liberó el racionamiento de guerra y creó una nueva moneda, consolidando la

democracia en la parte occidental germana y hoy se le considera el padre del milagro económico alemán de post guerra.

En suma, podemos definir a la Economía Social de Mercado como un concepto económico que, lejos de teorizaciones, requiere de voluntad política y de un aparato normativo para concretarse. No es, por tanto, un concepto jurídico, pero su consagración constitucional y legislativa es un correlato natural a la idea de Estado Social de Derecho, pues la cohesión social que se espera obtener como resultado de la justicia social debe evitar los grandes contrastes sociales y proteger la paz social en el interés del progreso económico.

Ya entrando a su definición, Marcelo F. Resico le atribuye la creación del concepto al economista alemán Alfred Müller-Armack, en su obra Dirección Económica y Economía de Mercado (Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft), publicada en 1946. La Economía Social de Mercado se basa en la organización de los mercados como el mejor sistema de asignación de recursos, pero trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su funcionamiento eficiente y equitativo. Este modelo descarta, eso sí, como sistema de organización la economía planificada centralmente<sup>15</sup>.

En esa línea, comparto la opinión de Baldo Kresalja y César Ochoa, cuando señalan que la configuración de la Constitución económica es diferente en el Estado Liberal de Derecho que en el Estado Social de Derecho, toda vez que mientras el Estado Liberal presupone un modelo económico basado en los principios de libre competencia y de “soberanía” irrestricta del propietario sobre el objeto de su propiedad; el Estado Social, en cambio, intenta someter la economía de mercado a una serie de modulaciones derivadas del principio de funcionalidad social de la economía, tales como medidas relacionadas

---

<sup>15</sup> Marcelo F. Resico. “Introducción a la Economía Social de Mercado”. 1ra. Edición. Fundación Konrad Adenauer, 2011.



con la protección del empleo, regulación de los contratos laborales, entre otros<sup>16</sup>.

Asimismo, de acuerdo a lo sostenido por Manuel García Pelayo en la Economía Social de Mercado se establece que la libre competencia es el mejor sistema para asegurar el bienestar de la mayoría, donde la intervención del Estado se realiza solo en ciertas materias económicas y sociales<sup>17</sup>. En el mismo sentido encontramos nuevamente a Baldo Kresalja cuando sostiene que la Economía Social de Mercado privilegia a la competencia señalándolo como eje fundamental del mismo, toda vez que equilibra e impulsa a todos los participantes en el tráfico económico, llámese consumidores y/o empresarios, procurando la satisfacción de sus intereses económicos particulares, así como a los intereses sociales, este último – como ya lo hemos señalado en el numeral anterior – de naturaleza colectiva<sup>18</sup>.

La Economía Social de Mercado es, en suma, un esfuerzo intelectual de síntesis de todas las ventajas que nos otorga el libre mercado (fomento de la iniciativa individual, productividad, eficiencia y tendencia a la autorregulación), más los instrumentales y fundamentales añadidos surgidos de la tradición socialista (solidaridad, equidad, cooperación y justicia social). Cabe destacar que Müller-Armack diseñó el concepto como una idea abierta y polimórfica, no como una teoría cerrada, para que dicho enfoque sea adaptable a las cambiantes condiciones sociales, sin diluir la idea fundamental original ni contradecirla<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Baldo Kresalja y César Ochoa. Op. Cit. (pp. 230).

<sup>17</sup> Manuel García Pelayo. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”. En: Manuel Ramírez. Estudios sobre la Constitución española de 1978. Zaragoza: Libros Pórtico. 1979. (pp. 39 y ss).

<sup>18</sup> Baldo Kresalja. “La libertad de empresa, fundamento del sistema económico constitucionalizado”. En: Ensayos de Derecho Público Económico. Tomo I. Palestra Editores S.A.C. 2008. (pp. 58).

<sup>19</sup> Marcelo F. Resico. Op. Cit. (p. 108).

En el Perú, el concepto de Economía Social de Mercado fue incorporado en el texto constitucional de 1979. Luego, cuando Alberto Fujimori realizó el denominado autogolpe de estado del 5 de abril de 1992, se instaló el Congreso Constituyente Democrático de 1992 con una notable influencia neoliberal promovido por el propio fujimorismo; sin embargo, por la presión de la opinión pública y de algunos partidos políticos, el concepto de Economía Social de Mercado fue incorporada en la nueva Constitución de 1993 de naturaleza más liberal que su predecesora.

Los acontecimientos arriba descritos, explicaría el hecho que nuestra actual carta magna por un lado consagra la libertad de empresa y la libre iniciativa privada como base de nuestro sistema económico constitucionalizado, mientras que por otro, consagra el papel subsidiario del estado en materia económica, la creación de los mecanismos para corregir las imperfecciones del mercado y tener como objetivo en todas sus actuaciones estatales el de conseguir la mejor calidad de vida de sus ciudadanos. En este marco constitucional y como ya lo habíamos señalado, la Economía Social de Mercado nos dice que las citadas libertades económicas están limitadas a la funcionalidad social de la economía, pero no a cualquier funcionalidad social, sino las señaladas en la Constitución.

La Economía Social de Mercado está regulada en la parte económica de la Constitución, específicamente en el artículo 58<sup>o20</sup>. Obsérvese además como un derecho fundamental consagrado en su parte dogmática, recoge un aspecto de carácter económico.

Un aspecto importante a destacar es el pluralismo económico a la que hace referencia nuestra Constitución en su artículo 60<sup>o21</sup>. Aquí queremos rescatar

---

<sup>20</sup> Constitución Política del Perú. **Artículo 58°.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

<sup>21</sup> Constitución Política del Perú. **Artículo 60°.-** El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

una característica importante de la Economía Social de Mercado, el cual, es el papel subsidiario del Estado en la actividad empresarial.

Sobre ello, compartimos la opinión que el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI en un precedente de observancia obligatoria ha realizado sobre la subsidiaridad del Estado. En ella, esta entidad administrativa señala que el principio de subsidiaridad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa. De acuerdo a esta entidad, la subsidiaridad encuentra respaldo en el modelo de Economía Social de Mercado, que otorga una protección prevalente a las diversas libertades económicas fundamentales de los individuos, tales como la libertad de empresa y libertad de contratación, reconociendo que nuestra economía se rige por la asignación libre de recursos vía los mercados, conservando el Estado solo una función subsidiaria o llamada también residual<sup>22</sup>.

Como podemos advertir entonces, este rol subsidiario del Estado guarda directa relación con el carácter social de la economía, toda vez que evita que el Estado destine los escasos recursos para la producción de bienes y servicios que pueden ser realizados por las empresas privadas, y por el contrario, los destine para atender otras necesidades de la sociedad insatisfechas ante la ausencia de suficiente oferta de los privados. Por ejemplo, toda vez que la venta de ropa puede ser plenamente satisfecha por los particulares, bajo el principio de subsidiaridad no sería deseable que la administración pública invierta recursos en la provisión de estos bienes. Cosa diferente sucede en la educación a través de los colegios, los que si bien pueden ser ofertados por entidades privadas, es evidente que en

---

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

<sup>22</sup> [http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc\\_Jurisprudencia/documentos/1-93/2010/Re3134.pdf](http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2010/Re3134.pdf) Fecha de consulta: 18 de febrero 2013.

nuestro país no todos pueden acceder a una educación privada, por lo que el Estado crea colegios públicos para satisfacer esa demanda social.

Al igual como lo hicimos al analizar el Estado Social de Derecho, a continuación pasaremos a ver como el Tribunal Constitucional, interpreta el concepto de Economía Social de Mercado y como éste se relaciona con otros conceptos que ya hemos mencionado.

El supremo intérprete de la Constitución señala que la Economía Social de mercado debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, sobre la base de los ejes fundamentales del bienestar social, libre mercado, subsidiaridad y solidaridad del Estado. Dicha doctrina se opone a la economía de planificación y dirección central y también a la economía del *laissez faire*, pues viene a ser una tercera vía entre el capitalismo y el socialismo. En suma, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, pero tampoco debe interferir arbitraria y sin justificación en el coto reservado a los agentes económicos<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> *“...la economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:*

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.*
- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.*
- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.*

*En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social.(...)*

*A modo de conjunción de los principios expuestos, e ingresando de manera más concreta en la determinación solidaria y social en la que se inspira el régimen económico de la Constitución, el artículo 58° de la Carta preceptúa que aquél se ejerce en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que L. Herhård y Alfred Muller Armack afirmen que se trata de un orden “en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en*

Por lo que podemos advertir, dentro del plano constitucional, la Economía Social de Mercado se enmarca dentro del Estado Social de Derecho, por lo que también deberá perseguir como finalidad la dignidad de la persona, traducida en una mejor calidad de vida de aquél. Asimismo, en tanto presupuesto del Estado social, también responde al principio de solidaridad y subsidiaridad.

Dentro de su aplicación, la Economía Social de Mercado tiene como base el libre mercado, lo que supone por un lado el respeto de la libertad de empresa y de libre iniciativa, pero por otro combate toda distorsión del mercado.

Por tanto, toda norma que afecte la libertad de empresa que el Estado Social promueva y promulgue deberá buscar – en el marco de la Economía Social de Mercado – tales finalidades y responder a los citados principios. De igual modo, toda interpretación que sobre los derechos fundamentales se realice.

---

*progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles [...]” (El orden del futuro. La economía social de mercado. Universidad de Buenos Aires, 1981).*

*Alude, pues, a la implantación de una mecánica en la que “el proceso de decisión económica está descentralizado y la coordinación de los múltiples poderes individuales se hace a través de las fuerzas automáticas de la oferta y demanda reguladas por los precios”. (Juergen B. Donges. Sistema económico y Constitución alemana. En: Constitución y Economía, Madrid: 1977).*

*Es decir, tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del laissez faire, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico.*

*“La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una “tercera vía” entre el capitalismo y el socialismo [...]” (Peter Häberle. Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo. En: Pensamiento Constitucional. Año. N.º IV. N.º. 4, Lima 1997, pág. 25). Y es que, dado el carácter “social” del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.”*

Op. Cit. EXP N° 0008-2003-AI-TC

## CAPITULO II

Como sabemos, el primer Capítulo consistió en realizar un análisis que nos permita responder a qué tipo de Estado nos somete nuestra carta magna. Habíamos dicho que comprender este marco resultaba muy importante, porque nos permitiría entender la base sobre los que se inspiran los derechos fundamentales.

Pues bien, del desarrollo del citado análisis sabemos que nuestra Constitución establece que el Perú es un Estado Social de Derecho que se fundamenta principalmente en la dignidad humana (traducida – entre otras cosas – en lograr una mejor calidad de vida a las personas), la solidaridad (la contribución de la propia sociedad para garantizar su propio bienestar) y la Economía Social de Mercado (que tiene como base el libre mercado y la competencia, pero sin descuidar que su aplicación debe garantizar el bienestar social a través de un Estado solidario y subsidiario).

Sabido esto, el objetivo de este segundo capítulo será responder cómo frente a este Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales – involucrados en nuestra problemática – deben ser interpretados, no sin antes hacer un breve repaso de qué es derecho fundamental y sobre cómo nuestra normativa regula el tratamiento a los niños y adolescentes, toda vez que sobre este grupo humano es quien finalmente recae las restricciones legales objeto de la presente tesis. A continuación pasaremos a desarrollar lo aquí mencionado.

### **2.1 Hacía una interpretación uniforme: Marco Constitucional Dogmático y su relación con la Constitución Orgánica y Económica**

El Título Primero de la Constitución Política del Perú de 1993, se divide en cuatro capítulos. El Capítulo primero regula sobre “los derechos fundamentales de la persona”. El Capítulo segundo regula sobre los derechos sociales y económicos. El Capítulo tercero regula sobre los derechos políticos y deberes, y el Capítulo cuarto regula sobre la función pública.

Visto de esa manera, ello nos podría llevar a concluir que los derechos fundamentales son los que se encontrarían textualmente mencionados en el Capítulo I del Título Primero de nuestro texto constitucional. No obstante en nuestra opinión, ello no es así. Nos explicamos.

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional<sup>24</sup> el Capítulo I del Título I de nuestra Carta Magna, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de enumerar a buena parte de ellos, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (como lo podrían ser por ejemplo, los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II, y los políticos contenidos en el Capítulo III), “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Como se podrá advertir entonces, conforme a lo señalado por nuestro Tribunal Constitucional y cuya posición compartimos, los derechos fundamentales no solo son los establecidos en el Título I del citado cuerpo constitucional, sino lo son también todos aquellos, que de manera implícita, se deriven de los mismos valores. Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico todos los derechos fundamentales son a su vez derechos constitucionales.

Esto nos permite arribar a la siguiente conclusión: son derechos constitucionales y fundamentales todos los que se encuentran en el Título I de la Constitución como ciertamente lo son: la libertad individual (artículo 2º, inciso 1), el derecho a la no discriminación (artículo 2º, inciso 2<sup>25</sup>) y a la salud (artículo 7º<sup>26</sup>).

---

<sup>24</sup> EXP. N.º 1417-2005-AA/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-aa.html>) Fecha de consulta: 18 de febrero 2013.

<sup>25</sup> Constitución Política del Perú. **Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...).
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

<sup>26</sup> Constitución Política del Perú. **Artículo 7.-** 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. La persona

Sin embargo, será también derecho fundamental y constitucional el derecho a la libertad de empresa (artículo 59<sup>o27</sup>), la misma que si bien se encuentra en el Título III, Capítulo I del cuerpo constitucional, ella emana de la dignidad del hombre.

Ahora bien, existe un contenido esencial en todo derecho fundamental que resulta importante dilucidar para poder conocer los alcances que puede tener el legislador para regularla. En dicho sentido y de acuerdo a lo señalado por el Dr. Víctor García Toma<sup>28</sup>, en el derecho fundamental existen dos zonas: una medular, donde la intervención del legislador es vedada (contenido esencial propiamente dicho) y otra adjetiva, donde es permitida la actuación regulatoria del legislador (zona no esencial). De acuerdo con este autor, la intervención del legislador en la zona adjetiva opera siempre y cuando esta se lleve a cabo de conformidad con el principio de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Sobre este principio y su aplicación al caso objeto de la presente tesis, explicaremos en extenso en el Capítulo III del presente trabajo.

Una vez delimitado que son derechos fundamentales y constitucionales: la libertad de empresa, libertad individual, la salud y el no ser discriminado; a continuación pasaremos a conceptualizar brevemente cada uno de ellos, de acuerdo al siguiente criterio: (i) Toda vez que estos derechos fundamentales son restringidos y/o colisionan entre sí, debido a que la Ley prohíbe comercializar alimentos procesados en los colegios públicos y privados, resulta evidente que el supuesto de hecho que se busca regular corresponde a la esfera del niño y adolescente, por lo que será necesario analizar el tratamiento que la norma jurídica le otorga a los derechos de este grupo humano; y (ii) conceptualizar por separado los derechos fundamentales restringidos

---

incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tienen derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

<sup>27</sup> Constitución Política del Perú. **Artículo. 59°.-** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

<sup>28</sup> Víctor García Toma. "Los Derechos Fundamentales". 2da. Edición. 2013. Editorial Adrus. (pp. 25 – 26).



y/o colisionados e interpretarlos dentro del marco jurídico donde se encuentran los niños y adolescentes, el Estado Social de Derecho y su presupuesto económico, la Economía Social de Mercado.

## 2.2 Derecho de los niños y adolescentes

Como sabemos, la Ley se aplicará en los colegios públicos y privados en el país, dentro de los cuales se encuentran estudiando – en su gran mayoría – niños y adolescentes. Por tanto, antes de entrar a analizar de lleno los derechos fundamentales involucrados en nuestra problemática, resulta de vital importancia analizar como la Constitución y las leyes regulan los derechos, deberes y demás cualidades de este grupo humano.

Para empezar, debemos tener claro que entiende la norma por niño y adolescente. En tal sentido, la ley 27337 – Código de Niños y Adolescentes (CNYA) establece en su artículo I del Título Preliminar<sup>29</sup> que un niño es todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

Ahora bien, todo niño y adolescente en tanto ser humano, es poseedor de tres dimensiones: dignidad, razón y libertad.

Respecto a la dignidad, en acápites anteriores habíamos señalado que la finalidad del Estado Social de Derecho era la defensa de la persona humana y respetar su dignidad. Evidentemente, esta finalidad constitucional también se aplica – con mayor razón – en los niños y adolescentes. En esa misma línea se pronuncia el artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), cuando sostiene que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados

---

<sup>29</sup> Ley 27337 – Código de los Niños y Adolescentes. **Artículo I T.P.-** Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad (...).

como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros<sup>30</sup>.

En efecto, el niño como ser humano, posee dignidad, por lo que no debe ser considerado como un objeto al que se pueda utilizar y maltratar, sino como un ser humano que tiene los mismos derechos que cualquier otro tipo de persona. De hecho, el niño y adolescente no pierde su dignidad incluso cuando infringe la norma penal, tal como se desprende en el artículo 240° del CNYA donde se establece que el menor tiene derecho a un trato digno, aun en la internación<sup>31</sup>. En la misma línea, el artículo 37° de la Convención sobre los derechos del niño (CDN), señala que todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana<sup>32</sup>. De igual manera, el artículo 40° de la CDN reconoce el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. **Artículo 1°**.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros,

<sup>31</sup> Ley 27337 – Código de los Niños y Adolescentes. **Artículo 240°**.- Durante la internación el adolescente tiene derecho a:

- a) Un trato digno; (...)

<sup>32</sup> Convención sobre los derechos del niño. **Artículo 37°**.- Los Estados Partes velarán porque:  
(...)

- b) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

<sup>33</sup> Convención sobre los derechos del niño. **Artículo 40°**.-

- 1) Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

La dignidad pues, no es un derecho, pues de serlo, se podría limitar o restringir; la dignidad es una categoría propia de los seres humanos, que le es inherente y que lo diferencia de los objetos y de los animales.

Respecto a la razón y libertad del menor, advertimos que la libertad de desarrollo consagrado en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución no distingue límite de edades, por lo que su ejercicio se deberá entender a todas las personas humanas. No obstante lo expuesto, en el caso de los niños y adolescentes, el CNYA, recoge en sus artículos 5°, 8° y 24° literal g), el mismo precepto al señalar que el menor tiene derecho a vivir en libertad, desarrollarse en el seno de su familia y a cuidar su salud personal, siendo no obstante una restricción, el deber del menor de respetar y obedecer a sus padres o los responsables de su cuidado, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes y el de cuidar su salud personal<sup>34</sup>. Por tanto, si el padre o el responsable de su cuidado ordena que el menor se alimente de determinada forma en salvaguarda de su salud, sería un deber de este el obedecer la citada orden.

Por tanto, cabe concluir que esta libertad constitucional impide a los poderes públicos limitar tal autonomía de acción y de elección de la persona, incluso en los aspectos de la vida cotidiana, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales.

---

<sup>34</sup> Ley 27337 – Código de Niños y Adolescentes.

**Artículo 5°.-** El niño y el adolescente tienen derecho a la libertad. Ningún niño o adolescente será detenido o privado de su libertad. Se excluyen los casos de detención por mandato judicial o de flagrante infracción a la ley penal.

**Artículo 8°.-** El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

**Artículo 24°.-** Son deberes de los niños y adolescentes:

(...) a) Respetar y obedecer a sus padres o los responsables de su cuidado, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes;

g) Cuidar su salud personal.

Una vez que hemos delimitado que las tres dimensiones que tiene todo niño y adolescente es la dignidad, razón y libertad; a continuación pasaremos a revisar de que forma la Constitución regula el asunto de los menores y de cómo esta regulación servirá de base e inspiración para el desarrollo de este tema en el resto del marco jurídico.

Pues bien, la Constitución hace mención al niño y al adolescente en el artículo 4° donde establece la obligación de la comunidad y del Estado de proteger especialmente al niño y adolescente en situación de abandono<sup>35</sup>. Si bien el presupuesto de la acotada norma es distinto al tema de la presente tesis, lo cierto es que esta disposición consagra constitucionalmente los siguientes preceptos: el primero de ellos, es el de reconocer a este grupo humano como uno que merece especial protección, ello a su naturaleza evidentemente vulnerable; el segundo es que contiene no solo un verdadero deber del Estado de protegerlos, sino que el mismo se extiende a la comunidad en general, lo cual consideramos lógico, toda vez que como ya hemos visto, el Estado Social de Derecho responde al principio de solidaridad. Por tanto, no es solo es deber del Estado Social contribuir en que los derechos del niño y del adolescente tengan real aplicación práctica, sino que es deber de la comunidad en general contribuir a ello. De este modo, Estado y la comunidad que lo integra – reiteramos – se convierten por tanto en verdaderos garantes del real ejercicio de los derechos de niños y adolescentes.

En Doctrina, este deber de protección se fundamenta en principios rectores tales como el denominado “interés superior del niño” y el de “protección integral del niño”. A continuación pasaremos a analizar brevemente cada uno de ellos.

Respecto al “interés superior del niño”, este se encuentra consagrado en el artículo IX<sup>36</sup> del CNYA donde se establece que en toda medida concerniente al niño y al

---

<sup>35</sup> Constitución Política del Perú. **Artículo 4°**.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...).

<sup>36</sup> Ley 27337 – Código de Niños y Adolescentes. **Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-**

adolescente que adopte el Estado a través – entre otros – del Poder Legislativo, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Pero ¿qué se puede entender como interés superior del niño?; al respecto, Fernando Gamarra Rubio y Milagros Escribens Coello<sup>37</sup> citando un artículo publicado en la revista Normas Legales, señalan que el interés superior del niño hace posible respetar y poner en vigencia derechos del niño que ya existen en el derecho positivo y natural, sirviendo de orientación para aplicar los derechos del niño o para interpretarlos, siendo una especie de guía para tomar todas las decisiones referidas a este grupo humano, con lo cual se busca hacer efectivo sus derechos e intereses. Estos autores, profundizando lo que para ellos es la definición del interés superior del niño, consideran que la sociedad debe preferir por encima de otro interés, el del niño; o dicho de otra forma, se debe ponderar y dar al niño siempre la preferencia por aquél interés necesario para sus necesidades luego de analizar todos los intereses en juego e implicancias de esa elección en base a la primacía del menor.

Ya en nuestra opinión, podemos definir entonces al interés superior del niño como todo aquel que favorezca a la protección de los niños y adolescentes en el marco de derechos. Este principio rector consagrado en el CNYA, tiene su sustento en el respeto a la dignidad de la persona humana reconocida constitucionalmente en el marco del Estado Social de Derecho peruano.

Respecto a la “protección integral del niño”, Fernando Gamarra Rubio y Milagros Escribens Coello<sup>38</sup> nos dicen que este principio rector es un criterio orientador que busca además de reconocer al niño como sujeto de derecho y con dignidad, cuidar por

---

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

<sup>37</sup> Artículo “Interés superior del niño: estudio doctrinal y normativo”, publicado en Revista Normas Legales, Volumen III noviembre 2003, p. 43. En: Fernando Gamarra Rubio y Milagros Escribens Coello. Niño: razón y libertad. Lima. Juristas Editores E.I.R.L. 2009. (pp. 204 y ss).

<sup>38</sup> Fernando Gamarra Rubio y Milagros Escribens Coello. Op. Cit. (pp. 2 y ss).

sus derechos, resguardar su integridad, velar por su desarrollo, protegerlo y defenderlo de situaciones de peligro y de riesgos a su salud y desarrollo.

Obsérvese entonces que en base a este principio rector se debe defender al menor de situaciones de riesgo a su salud y desarrollo, siendo esta tarea no solo del Estado, sino de la sociedad en general fundamentada en el principio de solidaridad establecida en el Estado Social de Derecho peruano.

Delimitado entonces que se entiende por niño y adolescente, su dignidad, razón, libertad y de cómo la Constitución – acorde a los principios del Estado Social de Derecho – recoge un verdadero deber de protegerlos, pasaremos ahora a delimitar los derechos fundamentales que la Ley colisiona.

## 2.3 Derechos Fundamentales involucrados

### 2.3.1 Derecho fundamental a la Libertad de Empresa

Como ya lo habíamos adelantado, la libertad de empresa es un derecho fundamental que se encuentra estipulado en el artículo 59° de nuestra carta magna. No obstante, es un derecho que se encuentra estrechamente vinculado con los artículos 58° y 65° de nuestra Constitución, relativos a la libertad de iniciativa privada y en la protección del interés de los consumidores<sup>39</sup> en una Economía Social de Mercado.

Al respecto, recordemos que a partir de lo desarrollado en el primer capítulo, se puede advertir que una Economía Social de Mercado es aquél sistema en que la libre iniciativa privada, la libre competencia y las leyes de la oferta y la demanda rigen el sistema económico de una nación, donde el Estado tiene un papel de

---

<sup>39</sup> Constitución Política del Perú. **Artículo. 58°.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Constitución Política del Perú. **Artículo. 65°.-** El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

entidad regulatoria para que dicho sistema funcione y ofrezca seguridades mínimas, garantizando el bienestar social a través de un Estado solidario y subsidiario.

Como podemos advertir entonces la Economía Social de Mercado que a final de cuentas es el régimen económico impuesto no por el gobierno de turno, sino por nuestra propia Constitución Política, se convierte entonces en la base donde se fundamenta la libertad de realizar actividad empresarial en nuestro país, enmarcándolo en una libertad constitucionalmente reconocida.

Ahora bien, una vez delimitado su alcance como derecho fundamental y su vinculación con la Economía Social de Mercado, pasaremos a determinar que se debe entender por libertad de empresa. Para ello, recogemos la opinión de algunos juristas y sobre todo lo establecido por el Tribunal Constitucional, quien ya ha señalado que la libertad de empresa se puede definir como aquella facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes para satisfacer la demanda de los consumidores<sup>40</sup>.

Para empezar, es importante considerar lo manifestado por el Dr. Víctor Hugo Montoya Chávez cuando reconoce a la libertad de empresa como un derecho fundamental “económico” que se enmarca – conforme ya lo hemos establecido en los párrafos anteriores – dentro de una Economía Social de Mercado. Según este autor, el marco económico de la Constitución tiene su centro y su sentido en las libertades económicas, las cuales se respetan tanto para el empresario como para la sociedad en un vínculo ineludible con el poder público dentro del mercado<sup>41</sup>.

Asimismo, podemos afirmar que la libertad de empresa está íntimamente ligada con la libertad de comercio e industria. La primera porque faculta a los agentes económicos a poder intercambiar bienes y servicios en el mercado y la segunda

---

<sup>40</sup> Exp. N° 7320-2005-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07320-2005-AA.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

<sup>41</sup> Víctor Hugo Montoya Chávez. En “Derechos Fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho”. 1ra. Edición. 2010. Editorial Gaceta Jurídica S.A. (pp. 402).

porque garantiza la libertad de poder realizar las actividades necesarias para crear los bienes y servicios materia de comercio. Sobre la libertad de comercio, consideramos acertado lo señalado por el Dr. Víctor García Toma quien manifiesta que dicha libertad implica el conjunto de transacciones mercantiles que se realizan dentro o fuera del Estado, definiéndola además como la capacidad auto determinativa, para mediar entre la oferta y la demanda de bienes o de servicios, a efectos de promover, facilitar o ejecutar los intercambios y obtener con ello un beneficio económico. Respecto a la libertad de industria, este autor manifiesta que ésta implica el conjunto de actividades económicas que producen bienes materiales mediante la transformación de materias primas, y su aplicación consiste en la facultad auto determinativa para realizar en el ámbito del mercado, un conjunto de operaciones materiales destinadas a la obtención y/o transformación de uno o varios productos con el objeto de satisfacer la demanda de los consumidores<sup>42</sup>.

En lo que respecta al Tribunal Constitucional, cabe acotar que, en una sentencia, este organismo ha señalado que la libertad de empresa está determinada por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho:

- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.
- En segundo lugar, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, entre otros.
- En tercer lugar, está la libertad de competencia.

---

<sup>42</sup> Víctor García Toma. Óp. cit. (pp. 929 – 935).



- En cuarto lugar, la libertad para cesar las actividades cuando lo considere más oportuno<sup>43</sup>.

En otra sentencia, respecto al conocido caso de los buses camión, el Tribunal Constitucional menciona el compromiso del Estado con el derecho a la vida y considera que puede ser un limitante de la libertad de empresa. Argumenta que la noción de Estado Social y Democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. Agrega que ya no puede entenderse la vida como un mero límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual está comprometido a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad. Por ello, si bien los individuos y las empresas gozan de un ámbito de libertad para actuar en el mercado, ello no quiere decir que dicha libertad de empresa sea absoluta, pues también existe la certeza de que debe existir un Estado que mantiene una función supervisora y correctiva o reguladora<sup>44</sup>. El derecho a la vida entonces, entendida como una de las tantas manifestaciones al respeto de la dignidad de las personas, fin supremo de un Estado Social de Derecho, se convierte en un limitante al derecho fundamental de la libertad de empresa.

Tiene similar tenor otra sentencia, aunque enfocada más en la salud que en la seguridad, al declarar fundada una demanda de un director de un centro médico para que se le otorgue la renovación de su constancia de categorización para que cambie la locación de su consultorio a otro distrito. Cabe señalar que acá el Colegiado cambia su interpretación del derecho a la libertad de empresa y lo considera un derecho distinto a la libertad de trabajo. Este último sería la facultad que tiene toda persona de elegir en qué desempeñarse y bajo qué condiciones, mientras que la libertad de empresa está condicionada al cumplimiento de ciertos

---

<sup>43</sup> Exp. N° 3330-2004-AA (<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

<sup>44</sup> Exp. N° 4637-2006-PA/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04637-2006-AA.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

requisitos legales de interés social para no agravar a los eventuales destinatarios del servicio que se ofrece, a manera de condicionamientos necesarios<sup>45</sup>.

Por último, en otra sentencia, el Tribunal Constitucional señala, entre otras cosas, que la libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Por lo mismo y consecuentemente, dicha libertad de empresa deberá ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente, y aunque no se hace mención expresa a la salud, consideramos que también es un limitante y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce<sup>46</sup>.

Como podemos advertir de nuestro breve pero no menos importante estudio jurisprudencial, éste da como resultado que, para el supremo intérprete de la Constitución, el derecho a la libertad de empresa no es irrestricto, siendo esta consideración muy importante para efectos del presente análisis. Definitivamente tiene límites claros en el orden público (la seguridad y la salud, por ejemplo), sustentado en el interés colectivo sobretodo tratándose de menores de edad, no bastando con la autonomía de la voluntad para ejercerlo.

Ya en nuestra opinión y en concordancia con lo ya antes mencionado, el Estado tiene la obligación de garantizar estas libertades, las mismas que también estarán limitadas por razones de salud, moral y/o seguridad pública conforme a lo expresamente señalado en el artículo 59° de la Constitución. De igual manera, es importante destacar que no solo la libertad de empresa, y por ende la de comercio e industria, se ejerce en una Economía Social de Mercado, sino que todo acto que realice el Estado y que afecte dichas libertades también debe ser concordante con

---

<sup>45</sup> Exp. N° 1972-2007-AA/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01972-2007-AA.pdf>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

<sup>46</sup> Exp. N° 0008-2003-AI/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

el respeto de este régimen económico, aun si estuviera actuando en disposiciones relativas a la salud.

Por dicha razón y en concordancia con el modelo de Estado Social de Derecho, la libertad de empresa debe siempre funcionalizarse para la consecución de los fines sociales y colectivos constitucionalmente proclamados. En tal sentido, el empresario debe aceptar el hecho que si bien el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar que su libertad sea real y efectiva, también debe aceptar – reiteramos – que el Estado puede intervenirla fijando límites siempre que ello ayude a conseguir la finalidad de mejorar la calidad de vida de las personas (más aun de los menores de edad que responden a principios especiales, tales como ya lo hemos desarrollado en un acápite anterior), la misma que se sustenta en la dignidad del hombre.

### **2.3.2 Derecho fundamental a la libertad individual**

Aunque en el punto 2.2 anterior ya habíamos adelantado algo referente a la libertad del menor, aquí trataremos de ampliar un poco más dicho concepto.

El derecho a la libertad de la persona tiene muchas facetas que van desde la libertad de opinión hasta la libertad de desarrollar empresa, también será un aspecto de dicha libertad, el de adquirir y consumir los alimentos que considere conveniente. Aquí nos centraremos en aquella libertad del menor en desarrollar su personalidad individualmente, sin más restricciones ni intervenciones que la ley o la Constitución establezcan.

Para tal efecto, empezaremos refiriéndonos a lo que se entiende como libertad a nivel general y luego a la libertad del menor propiamente dicha, toda vez que es a este último al que va dirigido la prohibición que es materia de estudio en la presente tesis.

Respecto a la libertad en general, citamos lo señalado por el Dr. Juan Manuel Sosa Sacio quien refiere que dicho derecho tiene una dimensión subjetiva (como

derecho fundamental propiamente dicho) y otra objetiva (como principio constitucional). De esta forma, prosigue el autor, como derecho subjetivo a la libertad puede entenderse como una posición jurídica que permite hacer todo aquello que no esté prohibido, proscribiéndose intervenciones arbitrarias, incluso provenientes de leyes formalmente válidas, en dicho sentido, la manifestación más completa de esta libertad sería la del “derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad”, o dicho de otro modo, al derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>47</sup>. En esa línea, el Dr. Víctor García Toma señala que el derecho al libre desarrollo significa el ejercicio de una facultad que reconoce a cada persona la posibilidad de hacer uso de todas sus potencias físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio, asegurando de este modo la realización del plan de vida libremente escogido. De acuerdo a este autor, dicha actividad humana se ejerce en ciertos “espacios” sustraídos a cualquier forma de intervención estatal<sup>48</sup>.

Queda evidenciado entonces que la libertad debe considerarse como una directriz que orienta el comportamiento del Estado; de esta forma, además de un deber de no interferir en ella, es un real mandato de hacer para el Estado, quedando obligado a optimizar el ejercicio de la libertad humana a través del ordenamiento jurídico en su conjunto y de políticas públicas.

Por ejemplo, una forma de intervención estatal inaceptable y una seria afectación a la libertad sería el injustificado paternalismo. Como argumenta Cecilia O’Neill de la Fuente, una norma es paternalista, aparte de que sea éticamente justificable o no, cuando se establece con el propósito de obtener un bien para un grupo de personas, pero sin contar con la aceptación o el consentimiento de dichas personas<sup>49</sup>. No obstante, y toda vez que el Estado Social de Derecho busca como fin supremo la dignidad de la persona traducida en una mejor calidad de vida y garantiza la libertad económica dentro de una Economía Social de Mercado, a

---

<sup>47</sup> Juan Manuel Sosia Sacio. En “Derechos Fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho”. 1ra. Edición. 2010. Editorial Gaceta Jurídica S.A. (pp. 332).

<sup>48</sup> Óp. cit. (pp. 162 - 163).

<sup>49</sup> Cecilia O’Neill de la Fuente. “Paternalismo jurídico y alimentación saludable”. En: Comida chatarra, Estado y Mercado. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, 2014. (pp. 56 y ss.).

nuestro juicio habrá circunstancias en que el paternalismo pueda ser justificado. Volveremos sobre este concepto en el capítulo final de la tesis.

Ahora bien, y como ya lo hemos estado desarrollando en el presente trabajo, es importante citar lo manifestado por el Tribunal Constitucional quien también coincide en que el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Según este colegiado, 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.

En esa línea, prosigue el Tribunal Constitucional, la libertad individual tiene límites en su ejercicio, un límite está referido a la intervención estatal. De esta forma, el Estado a través de una norma jurídica puede obligar a una persona a realizar ciertos actos, siempre y cuando dicha norma sean razonables y proporcionales para la efectividad de valores que la misma Constitución consagra, o dicho de otro modo, dichas normas jurídicas deben cumplir también con el test de razonabilidad y proporcionalidad estatal<sup>50</sup>.

Por tanto – y estamos de acuerdo con ello – dentro del Estado Social de Derecho, la libertad tampoco es irrestricta, toda vez que se acepta la intervención estatal siempre que dicha intervención sea razonable.

Vemos entonces que la libertad como todo derecho fundamental, tiene sus límites, siendo deber del estado restringirla siempre y cuando se fundamente en razones plenamente justificables que van en concordancia con los valores que la propia Constitución consagra. Por tales motivos – reiteramos – somos de la opinión que dentro del marco de un Estado Social de Derecho, el Estado puede fijar límites a

---

<sup>50</sup> Exp. N° 2868-2004-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

dicha libertad, siempre que dicha actuación sea razonable y se fundamente en la dignidad del hombre.

Respecto a la libertad del menor, como ya lo señalamos líneas arriba, la libertad de desarrollo no distingue límite de edades, por lo que su ejercicio se deberá entender a todas las personas humanas. Y, en el caso de los niños y adolescentes, el CNYA recoge en varios artículos la noción de que el menor tiene derecho a vivir en libertad, desarrollarse en el seno de su familia y a cuidar su salud personal, siendo no obstante una restricción, el deber del menor de respetar y obedecer a sus padres o los responsables de su cuidado, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes y el de cuidar su salud personal. Por tanto, reiteramos, si el padre o el responsable del cuidado del menor le ordenan que se alimente de determinada forma en salvaguarda de su salud, sería un deber de éste el obedecer la citada orden.

Concluimos, pues, que esta libertad constitucional consagrada impide a los poderes públicos limitar tal autonomía de acción y de elección de la persona, incluyendo a los menores de edad, incluso en los aspectos de la vida cotidiana, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales, como ya se ha sustentado.

### **2.3.3 Derecho fundamental a la no discriminación**

Como ya habíamos apuntado, de acuerdo al artículo 2° inciso 2 de la Constitución, la no discriminación está referida a la igualdad. En ese sentido, la Constitución señala siete causas de discriminación definidas (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica), no obstante también incluye la frase “de cualquier índole”, lo que le daría una apertura a cualquier otro tipo de causas.

Ahora bien, según lo manifestado por el Tribunal Constitucional contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un

derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentra en una idéntica situación<sup>51</sup>.

Nos detenemos entonces en este primer aspecto, si ante la misma situación hay trato diferenciado, entonces habrá discriminación. No obstante, hay otros factores que se deberán tener en cuenta para determinar si estamos ante una situación de discriminación o no.

En efecto, el Tribunal Constitucional también ha manifestado que la igualdad no implica el derecho a un tratamiento “uniforme”, esto es, que no supone un principio de protección frente al trato diferenciado sino, tan solo, frente al discriminatorio, entendido este, como aquel juicio de distinción que no se sustenta en base razonable, objetiva y concretamente verificable<sup>52</sup>.

En ese sentido, el Dr. Marcial Rubio Correa sostiene que suponer que todos somos iguales es la regla, y precisamente por ello, también es regla la igualdad de trato. Sin embargo, continúa este tratadista, tratar desigualmente a los desiguales también es un principio válido. Por eso, cada tratamiento desigual debe evaluarse y aplicarse solo cuando haya razones objetivas. Por ello, finaliza este autor, la regla de existencia de razones objetivas nos lleva necesariamente a la vinculación del principio de igualdad con el de razonabilidad<sup>53</sup>.

Hasta aquí, queremos detenemos en precisar estos aspectos mencionados en el acápite anterior. La igualdad entonces, no es sinónimo de uniformidad de trato, por tanto pueden existir circunstancias donde el trato puede ser diferenciado. En ese sentido, es válido concluir que mientras la discriminación es contraria al orden

---

<sup>51</sup> Exp. N° 0048-2004-PI (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

<sup>52</sup> Exp. N° 0001-2004-AI (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00001-2004-AI%2000002-2004-AI.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

<sup>53</sup> Marcial Rubio Correa. “La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”. 1ra. Edición. 2005. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (pp. 160).

legal, la diferenciación no lo es, entendida esta última como aquel juicio de distinción que se sustenta en una base razonable, objetiva y verificable.

Finalmente, la jurisprudencia a nivel constitucional es pacífica en cuanto señala que para determinar si estamos ante una norma legal discriminatoria resulta importante someter dicho cuerpo normativo al test de razonabilidad y proporcionalidad<sup>54</sup>. Mediante ese test se controla si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación. En segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación. Y, finalmente, determinar si se trata de una medida adecuada y necesaria, o dicho de otro modo, si respeta el principio de proporcionalidad. En la Sección III del presente trabajo analizaremos con mayor profundidad este punto.

#### 2.3.4 Derecho fundamental a la Salud

La Salud, según lo señala el Dr. Víctor García Toma puede ser entendida como el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano, lo cual es imprescindible para garantizar la calidad de vida. Según manifiesta este autor, el derecho a la salud, de alguna manera implica una condición para el cabal goce de otros derechos fundamentales, toda vez que su desestimación compromete derechos esenciales como la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad<sup>55</sup>. En ese sentido existen múltiples pronunciamientos del Tribunal Constitucional donde este órgano de la interpretación constitucional ha mencionado esta vinculación otorgándole un carácter de inescindible, configurándolo como un derecho constitucional indiscutible<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Exp. N° 0649-2002-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00649-2002-AA.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

Exp. N° 00045-2004-AI (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

Exp. N° 004-2006-PI (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

<sup>55</sup> Víctor García Toma. Óp. cit. (pp. 583).

<sup>56</sup> Exp. N° 1429-2002-HC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01429-2002-HC.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.



Adicionalmente y como no podía ser de otra manera, dentro del marco del Estado Social de Derecho, la salud es un derecho social que se encuentra regulado principalmente en los artículos 9° y 11° de nuestra Constitución; para nuestro caso concreto, cabe destacar que el derecho de la salud debe interpretarse conforme a lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra carta magna<sup>57</sup>, máxime si este derecho también se encuentra contemplado en el artículo 22° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>58</sup>, los artículos 9° y 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales<sup>59</sup>; y en los artículos 10° y 16°

---

Exp. N° 1711-2004-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01711-2004-AA%20Resolucion.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

Exp. N° 2016-2004-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

Exp. 2945-2003-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

<sup>57</sup> Constitución Política del Perú. **Cuarta Disposición Final y Transitoria.**- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce 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.

<sup>58</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. **Artículo 22°.**- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

<sup>59</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales.

**Artículo 9°.-** Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

**Artículo 12°.-**

1. 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.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

del Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>60</sup>.

Obsérvese entonces que a partir del reconocimiento normativo internacional que sobre este derecho es otorgado a la persona humana, el derecho a la salud se convierte en uno no solamente fundamental sino de suma importancia porque – como ya lo habíamos señalado – está íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales. No obstante, es importante destacar la importancia que estas normas internacionales otorgan a la salud cuando se trata de niños y adolescentes, basados en el principio del interés superior de estas personas, por lo que a este sector se le otorga una especial importancia.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional<sup>61</sup> el derecho a la salud debe entenderse como la facultad que tiene toda persona para el disfrute

---

<sup>60</sup> Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

#### **Artículo 10°.- Derecho a la Salud**

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
  - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
  - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
  - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
  - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
  - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
  - f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

#### **Artículo 16°.- Derecho de la Niñez**

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

<sup>61</sup> Exp. N° 1711-2004-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01711-2004-AA%20Resolucion.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Según este colegiado, es un derecho que no debe entenderse solamente al cuidado de la salud personal, sino, sobre todo, como el derecho a vivir en condiciones de higiene ambiental, lo que se logra proporcionando a los individuos educación y condiciones básicas sanitarias.

Obsérvese entonces que el derecho a la salud es un derecho que implica no solamente aquel donde uno cuida de su propia salud, sino que implica la existencia de ciertas condiciones básicas para poder ejercerla concretamente, esas condiciones son el derecho de vivir en condiciones de higiene ambiental, el mismo que se logra a través de la educación e infraestructura básica sanitaria. Siendo evidentemente que el Estado Social de Derecho uno de los llamados a prestar dichas condiciones y promover la citada educación.

Respecto al papel del Estado, el Tribunal Constitucional en la citada sentencia ha señalado que éste se encuentra obligado a promover mediante políticas, planes y programas la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud. No obstante, consideramos que resulta evidente que no solamente dicho deber del Estado es respecto a las instituciones de Salud sino que abarca a toda aquella necesaria para alcanzar los fines deseados.

Como señala Emilio García, un ejemplo de esto último sería el papel del Estado en la formación de sus ciudadanos para que ellos puedan mejorar sus hábitos alimenticios y no solo limitarse a restringir el consumo de ciertos alimentos, dado que la libertad de elección es una condición clave en cualquier democracia y cualquier restricción debe imponerse solo tras un cuidadoso análisis. Volveremos sobre esta idea en el capítulo final<sup>62</sup>.

---

Exp. N° 2064-2004-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02064-2004-AA.html>). Fecha de consulta: 11 de julio de 2013.

<sup>62</sup> Emilio García. “Una aproximación a la Ley de promoción de la alimentación saludable”. En: Comida chatarra, Estado y Mercado. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, 2014. (pp. 30 y ss.).

Finalmente, somos de la opinión que en aplicación al principio de solidaridad, presente en todo Estado Social de Derecho, como ciertamente lo es la peruana, el privado puede soportar alguna carga cuando ella se fundamente en hacer real y efectiva la salud de la colectividad.



## CAPITULO III

Como sabemos, el segundo Capítulo consistió en realizar un análisis que nos permita responder cómo frente al Estado Social de Derecho consagrado constitucionalmente, los derechos fundamentales – involucrados en nuestra problemática – deben ser interpretados, concluyendo que tanto el derecho a la libertad de empresa, libertad individual, la salud y al no trato discriminatorio tienen límites en su ejercicio, pudiendo el Estado Social de Derecho intervenir en ciertas esferas de los mismos, siempre que su actuación sea razonablemente justificada.

Sabido esto, el objetivo de este tercer capítulo será confrontar la potestad del Estado de restringir estos derechos fundamentales y de cómo colisionan entre sí, realizando el test de proporcionalidad para determinar si es constitucionalmente válido que el Estado – a través de la Ley – restrinja la venta de alimentos procesados industrialmente dentro de los colegios, no sin antes hacer un breve repaso de qué se debe entender por comida procesada industrialmente, toda vez que sobre esta categoría de alimentos es quien finalmente recae las restricciones legales objeto de la presente tesis. A continuación pasaremos a desarrollar lo aquí mencionado.

### 3.1 La comida procesada industrialmente

En nuestro país, la norma exige que los alimentos procesados industrialmente cuenten con registro sanitario emitido por la autoridad de la salud<sup>63</sup>, además que su elaboración y comercialización deben cumplir con ciertas exigencias, por lo cual estos son sujetos a una permanente fiscalización<sup>64</sup>. Por dicho motivo, no existen restricciones ni prohibiciones a su comercialización, salvo – claro está – se funde en motivos de peligro a la salud pública.

Tal y como ya lo habíamos comentado, en el Perú es inédito restringir la venta de estos productos en los colegios. La justificación del Estado se basa en el hecho de que el exceso de consumo de este tipo de alimentos en los menores de edad les

<sup>63</sup> DIRECCION NACIONAL DE SALUD AMBIENTAL – DIGESA (<http://www.digesa.sld.pe/>). Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2014.

<sup>64</sup> Decreto Supremo 007-98-SA – Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas.

ocasiona un problema de obesidad y todos los problemas de salud que dicho estado conlleva.

Ahora bien, independientemente de lo señalado en los párrafos precedentes, resulta importante definir qué debemos entender por alimentos, y dentro de esta categoría, que debemos entender por “alimentos procesados industrialmente”.

Pues bien, de acuerdo a lo planteado por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) en su documento denominado *“Recomendaciones de la Consulta de Expertos de la Organización Panamericana de la Salud sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños en la Región de las Américas”*<sup>65</sup> esta organización plantea en su recomendación N° 10 definir lo que se debe entender por “alimentos”, haciendo la distinción entre los alimentos que pueden promocionarse a los niños y aquellos que deberían prohibirse. A los primeros los denomina “alimentos integrales” y los define de la siguiente manera:

*“Los alimentos que forman parte de una alimentación saludable son “alimentos naturales” y pueden promocionarse a los niños sin restricción alguna. Los “alimentos naturales” son aquellos que pertenecen a los siguientes grupos alimentarios que no contienen edulcorantes, azúcar, sal ni grasa agregados: frutas, verduras, granos integrales, productos lácteos sin o con poca grasa, pescado, carne, aves de corral, huevos, nueces y semillas, y leguminosas. En el caso de las bebidas, la recomendación es agua potable”.*

Asimismo, esta entidad, continúa en su informe:

*“Pueden promocionarse otros alimentos a los niños en la medida en que cumplan con los siguientes (...) criterios:*

---

<sup>65</sup> Documento “Recomendaciones de la Consulta de Expertos de la Organización Panamericana de la Salud sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños en la Región de las Américas” ([http://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=18285&Itemid](http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=18285&Itemid)). Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2014.

(...)

*No exceder las siguientes cantidades de azúcares, grasas saturadas, ácidos grasos trans (AG T) y sal:*

- *Cantidad total de azúcares:  $\leq 5,0$  g/100 g de alimento sólido o  $\leq 2,5$  g/100 ml de bebida;*
- *Grasas saturadas:  $\leq 1,5$  g/100 g de alimento sólido o  $\leq 0,75$  g/100 ml de bebida;*
- *Ácidos grasos trans (producidos industrialmente): 0,0 g/100 g de alimento sólido o 100 ml de bebida;*
- *Sal  $\leq 300$  mg/100 g de alimento sólido o 100 ml de bebida.”*

Como se podrá advertir, esta entidad define a lo que se debe entender como “alimentos”, destacando los que resultan saludables para niños, de acuerdo al cumplimiento de ciertos parámetros de cantidad máxima de azúcar, grasas saturadas, ácidos trans y sal; por lo que se deduce que todo aquél alimento que este fuera de estos límites técnicos podría interpretarse como no saludable. Cabe destacar que estos límites han sido tomados por el Ministerio de Salud en diferentes informes<sup>66</sup> y de seguro servirá de base para la elaboración del Reglamento que de la Ley y a la fecha de la presente tesis el gobierno está redactando.

Ahora bien, respecto a lo que debemos entender por “alimentos procesados industrialmente” la Fundación del Consejo Internacional de Información Alimentaria (International Food Information Council Foundation)<sup>67</sup> en uno de sus informes la define de dos tipos: los procesados propiamente dichos y los procesados mínimamente. A continuación citamos cada definición:

*“Alimento procesado.- Cualquier alimento que no sea un producto agrícola no tratado, incluido cualquier producto agrícola no tratado que*

<sup>66</sup> [http://www.minsa.gob.pe/portada/Especiales/2012/ComeRicoComeSano/archivos/articulo\\_comida\\_chatarra.pdf](http://www.minsa.gob.pe/portada/Especiales/2012/ComeRicoComeSano/archivos/articulo_comida_chatarra.pdf). Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2014.

<sup>67</sup> <http://www.foodinsight.org/Content/5519/UnderstandingOurFoodSpanish.pdf>. Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2014.

*haya sido sometido a lavado, limpieza, molienda, corte, picado, calentamiento, pasteurización, blanqueado, cocción, enlatado, congelado, desecado, deshidratación, mezclado, envasado u otro procedimiento que modifique el estado natural del alimento. El procesamiento también puede incluir el agregado de otros ingredientes al alimento, tales como conservantes, saborizantes, nutrientes y otros aditivos alimentarios o sustancias aprobadas para su uso en productos alimentarios, como sal, azúcares y grasas. El procesamiento de alimentos, incluido el agregado de ingredientes, puede reducir, aumentar o dejar intactas las características nutricionales de los productos agrícolas no tratados.*

*Alimentos mínimamente procesados.- Alimentos que están procesados pero que conservan la mayoría de las propiedades físicas, químicas, sensoriales y nutricionales que les son propias. Muchos alimentos mínimamente procesados son tan nutritivos como el alimento en su forma no procesada. Mientras que los alimentos procesados sí incluyen alimentos que están destinados a ser sólo para darse un gusto ocasional, también incluyen muchos otros alimentos que compramos regularmente en las tiendas de alimentos y que comemos en los restaurantes. En realidad, la mayoría de los alimentos que comemos han sido sometidos a algún grado de procesamiento”*

Entonces, será alimento procesado básicamente aquel que ha sido sometido a un proceso donde se le incluye el agregado de otros ingredientes al alimento, tales como conservantes, saborizantes, nutrientes y otros aditivos alimentarios o sustancias aprobadas para su uso en productos alimentarios, como sal, azúcares y grasas, mientras que los mínimamente procesados serán aquellos que estándolo conservan la mayoría de las propiedades físicas, químicas, sensoriales y nutricionales que le son propias.



Esta distinción es sumamente importante, toda vez que al parecer la Ley prohíbe la venta de alimentos procesados en los quioscos de los colegios, más no los mínimamente procesados.

En efecto, mediante Resolución Ministerial N° 908-2012/MINSA, el Ministerio de Salud aprobó la lista de alimentos recomendados para su venta en los quioscos escolares de las instituciones educativas de todo el territorio nacional. Dentro de esta lista destacan alimentos naturales, tales como cereales, frutas, vegetales, tubérculos, líquidos, lácteos y alimentos preparados. Sin embargo, dentro de esta lista también encontramos los siguientes productos:

<i>Cereales</i>	(...) <i>Galletas con bajo contenido en sal, azúcar y grasas trans.</i>
<i>Agua</i>	(...) <i>Envasada con o sin gas</i>
<i>Lácteos y derivados</i>	(...) <i>Yogures semi descremados o descremados con bajo contenido de azúcar.</i>

Asimismo, el citado dispositivo establece como indicación a tomar en cuenta lo siguiente:

*“Los productos industrializados deberán contar con reglamento sanitario y fecha de vencimiento vigente, además la información consignada en el rotulado de estos productos deberá cumplir con lo establecido en el artículo 117° del Reglamento sobre Vigilancia Sanitaria y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas, aprobado por Decreto Supremo N° 007-98-SA.”*

Como se podrá advertir, a través de esta norma el Ministerio de Salud “recomienda” más no obliga a los colegios a vender alimentos según la lista propuesta, de los que se encuentra algunos mínimamente procesados

industrialmente. Al parecer esta lógica fue tomada en consideración al momento de la creación de la Ley, toda vez que la misma define a la alimentación saludable de la siguiente manera:

*“Alimentación saludable: Es la alimentación variada, preferentemente en estado natural **o con procesamiento mínimo** que aporte energía y todos los nutrientes esenciales que cada persona necesita para mantenerse sana, permitiéndole tener una mejor calidad de vida en todas las edades.”*  
(El resaltado es nuestro).

Como sabemos, el artículo 6.2 de la Ley establece que los quioscos y comedores escolares brindan exclusivamente “alimentos saludables”. En tal sentido y toda vez que alimentación saludable es también toda aquella con procesamiento mínimo, entonces cabe interpretar que los quioscos de los colegios bien pueden vender alimentos industrializados, siempre que tengan procesamiento mínimo, los demás alimentos procesados – que son la gran mayoría – estarían excluidos y por tanto su venta prohibida.

### **3.2 Confrontación de la potestad del Estado de restringir derechos fundamentales.**

Como ya habíamos explicado en la parte introductoria, la Ley prohíbe la venta de alimentos procesados industrialmente en todos los colegios del Perú, menos los mínimamente procesados tal como lo hemos demostrado en el acápite anterior. Se advierte entonces como el derecho fundamental a la salud se confronta con los derechos a la libertad de empresa, la libertad individual (desarrollo de la personalidad) y la no discriminación. Cabe destacar que estas prohibiciones y limitaciones son novedosas en nuestro país por lo que a continuación pasaremos a delimitar si la misma se ajusta con la normativa constitucional.

#### **3.2.1 Respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.**

Tal como ya lo habíamos adelantado en el Capítulo II anterior, tanto el libre desarrollo de la personalidad, como la libertad de desarrollar empresa, son dos facetas de la libertad en términos generales. Por tanto, lo que hay que delimitar es si cabe restringir la libertad de desarrollar empresa en aras de la libertad al libre desarrollo de la personalidad del menor. En nuestra opinión, si cabe siempre que obre una causa razonable que la justifique.

La primera pregunta que debemos absolver es si el consumir alimentos procesados industrialmente por parte del menor forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad. Para tal efecto, el Tribunal Constitucional ya ha señalado que el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano y que tales espacios de libertad constituyen ámbitos sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios – reiteramos – constitucionalmente razonables y proporcionales<sup>68</sup>. Esta posición nos resulta válida, toda vez que coincidimos con el hecho que todo derecho fundamental no es absoluto y que puede estar sujeto a límites, siempre que estos sean razonables y proporcionales. Sin embargo, es importante destacar que no solamente deben tener estos atributos, sino el de perseguir los fines de todo Estado Social de Derecho: la de defender a la persona humana y respetar su dignidad, siendo esta última – y como ya lo habíamos señalado en capítulos anteriores – no solamente prerrogativa del Estado, sino de la sociedad en general. Esto significa que existirán circunstancias en que el Estado en su objetivo de defender la salud y por ende la mejor calidad de vida de un menor, cuyos intereses – tal como ya lo hemos desarrollado ampliamente – son superiores, pueda asumir roles paternalistas.

---

<sup>68</sup> EXP. N° 00032-2010-PI/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.html>). Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2014.

EXP.N.º01575-2007-PHC/TC  
([http://www.tc.gob.pe/tcaldia\\_sentencias/magistrado\\_mesia/Derecho\\_Libre\\_Desarrollo\\_Personalidad.pdf](http://www.tc.gob.pe/tcaldia_sentencias/magistrado_mesia/Derecho_Libre_Desarrollo_Personalidad.pdf)).  
Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2014.

Y es que el hecho que la Ley sea en la práctica aplicable a los menores de edad, resulta sumamente importante, toda vez que si por norma legal este grupo humano tiene el deber de respetar y obedecer a sus padres o responsables de su cuidado, somos de la opinión que en un ambiente como el escolar donde la ausencia de estos últimos es lo que prima, el Estado a través de normas proteccionistas (paternalistas) bien pueden suplir esta ausencia, dictando deberes y prohibiciones privilegiando el derecho a la salud, como ciertamente lo es una adecuada alimentación, siempre que estas sean razonables y proporcionales.

En tal sentido, la prohibición de comercializar alimentos procesados industrialmente en los colegios (privilegiando de esta manera el derecho a la salud del menor), en tanto restricciones a la libertad del menor de consumirlos, 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 test de proporcionalidad.

### **3.2.2 Respecto a los límites del derecho a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada.**

La primera consulta que absolvimos en el capítulo anterior, fue en que se fundamenta la libertad de empresa, y la respuesta fue la Economía Social de Mercado, como aquél sistema – constitucionalmente reconocido – en que la libre iniciativa privada, la libre competencia y las leyes de la oferta y la demanda rigen el sistema económico de una nación, donde el Estado tiene un papel de entidad regulatoria para que dicho sistema funcione y ofrezca seguridades mínimas, garantizando el bienestar social a través de un Estado solidario y subsidiario. La Economía Social de Mercado se convierte entonces en la base donde se fundamenta la libertad de empresa en el Perú.

Otra de las preguntas que debemos absolver es si la prohibición de comercializar los ya antes citados alimentos industrializados limita los derechos fundamentales a

la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa. Al respecto, reiteramos nuestra posición en el sentido que ningún derecho o libertad es absoluto. Así, el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas y con mayor razón, si estos se tratan de niños y adolescentes que como ya lo habíamos desarrollado en capítulos anteriores, existe un deber de protección especial por parte del Estado, sin mencionar la aplicación del principio del interés superior y protección integral conforme a lo ya señalado anteriormente. Por tanto y utilizando el mismo razonamiento para el caso del libre desarrollo de la personalidad, privilegiar el derecho de la salud del menor, prohibiendo la comercialización de alimentos procesados industrialmente en los colegios de todo el país, constituirá una restricción constitucional a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada, en la medida de que supere el *test* de proporcionalidad y adicionalmente que persiga los fines de todo Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta que es la Economía Social de Mercado el marco regulatorio donde el Estado debe ejecutar sus políticas.

### 3.2.3 Respeto a los límites del derecho a la no discriminación.

Sobre este punto, la Ley deberá justificar que la prohibición de la comercialización en los colegios de todo el país de los alimentos procesados industrialmente, respecto de los que no lo son, obedece a causas objetivas. De no existir una causa objetiva, entonces tendríamos que concluir que nos encontramos ante una discriminación, prohibida por nuestra legislación.

### 3.3 Test de Proporcionalidad

Dicho esto, a continuación pasaremos a desarrollar la aplicación del Test de Proporcionalidad<sup>69</sup> no sin antes precisar que, según este test, las prohibiciones

<sup>69</sup> En este sentido, es especialmente célebre la sentencia del Exp. N.º 0016-2002-AI/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.html>), la cual aplica el “triple juicio” de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, además de la finalidad constitucionalmente válida. Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2014.

contenidas en la Ley serán válidas en la medida de que: a) persigan una finalidad constitucionalmente válida, b) resulten idóneas para alcanzarla, c) sean necesarias, y, además, d) estrictamente proporcionadas.

### 3.3.1 Respetto a si la Ley persigue una finalidad constitucionalmente válida

A nuestro juicio, la prohibición de comercializar alimentos procesados industrialmente, no prohíben el acto de consumir estos productos de modo absoluto. Tal finalidad, en primer término, consiste en reducir el consumo de estos bienes (finalidad inmediata) para proteger la salud de los niños y adolescentes (primera finalidad mediata), así como evitar los altos costos que debe incurrir el Estado debido a la atención sanitaria por los graves problemas de salud que el exceso de consumo de estos alimentos ocasiona a los menores. Sobre el particular, es importante destacar que la Ley no asume su postura a través de “presunciones” sino que toma como base lo señalado en uno de los Proyectos de Ley y Dictamen que le precedió<sup>70</sup> donde se hace referencia al informe sobre el “Estado Nutricional del Perú”, elaborado por la Dirección Ejecutiva de Vigilancia Alimentaria y Nutricional – DEVAN, de julio 2009 – julio 2010 (CENAN – INEI) el cual nos muestra las siguientes cifras:

- Sobrepeso a nivel nacional: 8.2%
- Sobrepeso en los niños menores de 5 años: 1 de cada 10.
- Sobrepeso y obesidad en los niños de 5 a 9 años: 1 de cada 7 (15.5% = niños con sobrepeso, 8.9% = niños con obesidad)

Asimismo, hacen referencia a la Encuesta Global de Salud Escolar<sup>71</sup> donde se demuestra el bajo consumo de frutas y verduras reportados por los escolares: solo el 31.7% de los escolares declaró haber consumido frutas dos o más veces al día, mientras que el 8.9% declaró el consumo de verduras y hortalizas tres o más

<sup>70</sup> Proyecto de Ley 1038-2011-CR y Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos. Período anual de sesiones 2011-2012. (<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>). Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2014.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

veces al día. Destacan además, el elevado consumo de bebidas gaseosas (54% de los escolares consumen bebidas gaseosas una o más veces al día) y de comida rápida (10.7% de los estudiantes consume comida rápida tres veces al día o más durante la semana), hábitos que predisponen que el menor desarrolle enfermedades relacionadas al sobrepeso.

En esa línea, también debemos añadir el hecho que para la Organización Mundial de la Salud (OMS), la obesidad ha alcanzado la proporción de epidemia a nivel mundial, donde existen aproximadamente 20 millones de niños menores de 5 años con sobrepeso<sup>72</sup>, donde y a partir de las cifras señaladas en el párrafo precedente, el Perú no está exento.

Hasta aquí, es oportuno hacer una distinción entre sobrepeso y obesidad. Juan Mendoza<sup>73</sup> señala que, de acuerdo a la definición estándar, una persona llega a ser obesa cuando su índice de masa corporal (IMC), que se obtiene dividiendo entre su peso en kilogramos y su estatura en metros elevada al cuadrado, supera el valor de 30. Y una persona tiene sobrepeso si, bajo la misma fórmula, su IMC se encuentra entre 25 y 30. En tal sentido, mientras que el sobrepeso no indica necesariamente un problema crítico de salud, la obesidad sí.

Retomando el hilo inicial, podemos advertir que la Ley, tiene como finalidad proteger la salud de uno de los sectores más vulnerables, como ciertamente son los niños y adolescentes, así como reducir los altos costos que genera para el Estado la atención médica de las enfermedades que ocasiona la obesidad y el sobrepeso, cuyos montos bien podrían encontrarse destinados a cumplir el deber primordial del Estado de proteger y promover la cobertura de necesidades básicas.

Consideramos que esta finalidad, es concordante con la que establece la propia Constitución: la de defender a la persona humana y respetar su dignidad, traducida – en nuestro caso concreto – a la defensa de la salud del menor y como

---

<sup>72</sup> <http://www.who.int/dietphysicalactivity/es/> Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014.

<sup>73</sup> Juan Mendoza. “Hacia una política pública con respecto a la obesidad”. En: Comida chatarra, Estado y Mercado. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, 2014. (pp. 88 y ss.).

consecuencia de ello el respeto a su dignidad de vivir sanamente y de esta manera gozar de la plenitud de sus demás derechos fundamentales. Esta finalidad también es concordante con los principios de interés superior y protección integral del menor, en los términos ya expuestos.

En consecuencia, la finalidad de proteger la salud de los niños y adolescentes, así como el reducir los costos sanitarios que genera el tratamiento de las enfermedades producidas por la obesidad y el sobrepeso, por vía de reducir significativamente su consumo en aquellos lugares donde se concentra gran parte del día los niños y adolescentes (colegios), consideramos que es constitucionalmente válida.

Ahora bien, respecto a limitar el consumo de alimentos procesados industrialmente como finalidad proteger la salud del propio niño y adolescente, compartimos la opinión del TC<sup>74</sup> en que si bien la regla es que el Estado evite instaurar medidas jurídicas “paternalistas”, existen excepciones a dicha regla. Al respecto, este colegiado señaló en la citada jurisprudencia que 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. Así pues, para el TC este hecho que esta jurídicamente reglamentado, se trata de una medida paternalista justificada en el Estado Social de Derecho, 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.

---

<sup>74</sup> Op. Cit. EXP. N.º 00032-2010-PI/TC



Dicho esto, nos resulta válido afirmar que una medida jurídica paternalista se encontrará 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. Por ejemplo, se trataría de aquella persona de la que puede objetivamente afirmarse que, por alguna circunstancia ajena a la voluntad del Estado Social de Derecho 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. Así, los niños, adolescentes y, en general, los incapaces absolutos en los términos del artículo 43º del Código Civil<sup>75</sup>, son personas en relación con las cuales pueden adoptarse determinadas medidas paternalistas.

Así las cosas, a nuestro juicio, que el Estado emita una Ley que tenga como finalidad: la protección de la salud de los niños y adolescentes y reducir los costos sanitarios que genera el tratamiento de las enfermedades producidas por la obesidad, por vía de reducir significativamente el consumo de alimentos procesados industrialmente, son constitucionalmente válidas. Adicionalmente, al adoptar la Ley medidas paternalistas en aras de proteger la salud de los niños y adolescentes de los riesgos de la obesidad, es también una finalidad constitucionalmente permitida.

### 3.3.2 Respecto a si la Ley resulta idónea para alcanzar los fines propuestos

Ahora corresponde respondernos si la Ley resulta idónea para alcanzar los fines propuestos. Para absolver dicha interrogante, consideramos importante recurrir a estudios sobre prohibiciones similares y/o iguales que se hayan ejecutado en el Perú o en otras partes del mundo y que hayan alcanzado o no, la finalidad de

<sup>75</sup> Código Civil Peruano. **Artículo 43º.**- Son absolutamente incapaces:

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

disminuir la obesidad en los menores, así como el aumento de mejores hábitos alimenticios por parte de ellos.

En muchos países se ha restringido la publicidad de los alimentos procesados industrialmente dirigidos al menor y en algunos se han establecido restricciones o prohibiciones en su comercialización, aunque además está decir que en el Perú no existe ningún informe respecto de este último punto, toda vez que la Ley es relativamente reciente y a la fecha no está vigente en dicho extremo, ya que la elaboración de su Reglamento – al menos a la fecha de elaboración de la presente tesis – aún se encuentra pendiente.

Respecto de experiencias comparadas a la regulación de la venta de alimentos procesados dirigidos a menores de edad, Emilio García<sup>76</sup> señala que en Brasil existe la prohibición expresa de venta y distribución de bebidas gaseosas y golosinas en las escuelas de los municipios de Florianópolis, Río de Janeiro y Sao Paulo. En Estados Unidos los alimentos de mínimo valor nutritivo no deben ser vendidos en los servicios de alimentación durante el período del almuerzo escolar. Por su parte, España no se permite la venta de alimentos y bebidas con un alto contenido en ácidos grasos saturados y ácidos grasos trans en las escuelas infantiles y en los centros escolares. Finalmente, en Rusia existe una aprobación previa y monitoreo continuo de los alimentos que se venden en los quioscos. Es o sí, en todas las experiencias mencionadas, dichas restricciones a la venta son acompañadas por campañas publicitarias y educativas, además de regulaciones a la publicidad dirigida a los menores. En todas estas experiencias internacionales, los estudios muestran que se están bajando los índices de obesidad infantil, lo que supone un panorama alentador.

---

<sup>76</sup> Emilio García. Op. Cit. (pp. 23 y ss.).

En relación con la publicidad de alimentos procesados dirigidos a menores de edad, en el año 2013, el Ministerio de Salud a través del Instituto Nacional de Salud (INS), elaboró el documento denominado “Eficacia de la regulación de la publicidad de comida rápida, kioscos escolares y etiquetados de alimentos en promover la alimentación saludable en escolares”<sup>77</sup>, donde se aprecia información interesante respecto a la implementación de los quioscos saludables y disminución del consumo de alimentos no saludables en escolares.

Al respecto, citamos casi textualmente los cinco estudios primarios al que hacen referencia:

El primero, se trata de un estudio comparativo realizado en los EEUU que a su vez, evaluó múltiples estudios conducidos por el Center of Disease Control and Prevention (CDC) para estimar el impacto de los cambios de la política de Estado respecto a la alimentación escolar mediante auto-reportes telefónicos o correo electrónicos. El estudio encontró que los cambios de políticas sobre regulación de comida chatarra y bebidas se asociaron con una disminución del número de bebidas gaseosas consumidas en solo un 0,09 por día, aunque no se observaron cambios en el índice de masa corporal de los escolares<sup>78</sup>.

El segundo, trata de un estudio realizado en 222 escuelas públicas de los EEUU, que evaluó la asociación entre la venta de alimentos en las máquinas expendedoras en las escuelas y la conducta alimentaria de los estudiantes, encontrando que el consumo de frutas y vegetales estuvo asociado con una mayor disponibilidad de estos alimentos en los quioscos o máquinas expendedoras. Este efecto fue mayor para los niños menores.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> <http://www.ins.gob.pe/repositorioaps/0/4/jer/evidencias/Reporte%20-%20Eficacia%20de%20la%20regulaci%C3%B3n%20de%20la%20publicidad%20de%20comida%20rapida.pdf>  
Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014.

<sup>78</sup> *Íbidem*.

<sup>79</sup> *Íbidem*.

El tercero, trata de un estudio realizado en Inglaterra donde se reemplazó en el 50% de las máquinas expendedoras los ítems usuales por alimentos saludables. Encontrándose que el consumo de los alimentos saludables fue solo del 14-17% del total. La evaluación cualitativa encontró como barreras que limitan la elección de los productos saludables al precio, costo y gusto.<sup>80</sup>

El cuarto, trata de un estudio en un estado de los EEUU, a través de datos de auto-reporte vía telefónica, encontró una menor oferta de alimentos no saludables en las escuelas de nivel elemental y primaria que habían establecido políticas de prohibición del expendio de comida chatarra comparado con escuelas donde no hubo dicho tipo de políticas (13% vs 37%). Este efecto de políticas en las escuelas no fueron claras en las escuelas secundarias.<sup>81</sup>

Y finalmente, el quinto estudio realizado en tres escuelas primarias de Texas, EEUU, donde se evaluó el impacto en el cambio de la política de alimentación escolar referente al almuerzo de los estudiantes, a través del retiro de las papas fritas, dulces, postres, bebidas azucaradas y máquinas expendedoras de las cafeterías escolares. Se evidenció una reducción solo en el consumo de bebidas azucaradas. El consumo de grasas saturadas, vitamina A, calcio, sodio y de leche incrementó, así como también el número de máquinas expendedoras. El incremento del consumo de vegetales fue menor.<sup>82</sup>

Por las razones expuestas, el documento – en dicho extremo – concluye que la evidencia sobre la eficacia las políticas de regulación del expendio de alimentos en los centros escolares en reducir el consumo de comidas no saludables y el sobrepeso en niños y adolescentes es aún limitada, siendo su beneficio como intervención única aún controversial. No obstante, sugiere que el implementar “quioscos saludables” en los colegios puede resultar de suma importancia dentro

---

<sup>80</sup> Íbidem.

<sup>81</sup> Íbidem.

<sup>82</sup> Íbidem.

de un programa más amplio, orientado a mejorar la alimentación de niños y adolescentes.

Nosotros coincidimos con las conclusiones del INS y apreciamos la data proporcionada en los estudios citados. Creemos firmemente que la implementación de una política de quioscos saludables puede ser un aporte fundamental, siempre que vayan acompañadas con otras políticas, para la implementación de un programa general para mejorar los hábitos alimenticios de niños y adolescentes. Si bien los resultados no son concluyentes (harían falta estudios de similar índole en el Perú), las perspectivas son muy alentadoras. Resulta llamativo, sobre todo, que se sugiera que el consumo de frutas y vegetales tiene directa relación con una mayor disponibilidad de estos alimentos en los quioscos o máquinas expendedoras, sobre todo para los niños menores, como muestra el segundo estudio citado.

Las experiencias en territorios extranjeros, tanto de publicidad como de comercialización de alimentos procesados dirigidos a menores de edad nos dan indicios razonables respecto de la eficacia de dichas políticas, evidenciando cuando menos que no es suficiente restringir solamente su comercialización, sino que es necesario complementar las políticas de restricción con otras que permitan alcanzar la finalidad propuesta.

Al menos en apariencia, la Ley busca cubrir todas esas políticas complementarias para alcanzar su finalidad. En efecto, la Ley dispone que el Ministerio de Educación incorpore en el diseño curricular de la educación básica regular y de la educación no escolarizada, programas de promoción de hábitos alimentarios. También dispone la realización de campañas y charlas informativas para promover la alimentación saludable dirigida a los alumnos y padres de familia, así como la difusión y promoción a nivel nacional, en los medios de comunicación masiva, las ventajas de la alimentación saludable y el consumo de alimentos naturales con alto contenido nutricional.

En materia de investigación, se crea el Observatorio de Nutrición y de Estudio del Sobrepeso y Obesidad, el mismo que a la fecha todavía no se ha implementado, pero suponemos que una vez publicado el Reglamento, se hará. La importancia de esta entidad, radica en el hecho que se encargará de realizar el seguimiento y la evaluación de la efectividad e impacto en la salud pública de las medidas adoptadas e implementadas en las políticas para mejorar los niveles de nutrición y promover la actividad física, así como elaborar los informes anuales sobre el seguimiento y evaluación de las estrategias adoptadas referidos a este tema.

En materia de actividad física, la Ley también señala que las instituciones de educación básica regular, en todos sus niveles, promueven la práctica de esta actividad y declara que los gobiernos locales, en el marco de sus competencias, fomentan la implementación de juegos infantiles en parques y espacios públicos. No obstante, el hecho que dichas disposiciones reconozcan las competencias (que dicho sea de paso, ya las tienen a través de otras normativas) de las citadas instituciones para implementarlas, no significa *per se* que lo vayan a realizar, por lo que podría quedarse – como en tantas otras normativas – en meras buenas intenciones, salvo que el Reglamento disponga lo contrario; en todo caso tendremos que esperar si en realidad este artículo es llevado a la práctica o queda en saco roto.

Finalmente, la Ley regula la publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños y adolescentes, el mismo que si bien no es materia de análisis de la presente tesis, contiene disposiciones que evitarían que los alimentos procesados industrialmente publiciten de tal manera que influyan negativamente en las decisiones de consumo de los niños y adolescentes, máxime si está comprobado que este grupo es muy vulnerable a la publicidad. Sobre este aspecto, cabe destacar algo importante: en la mayoría de países extranjeros donde se han ejecutado políticas públicas sobre restricciones a la comercialización de alimentos procesados a menores, éstas han venido acompañadas de regulaciones a la publicidad dirigida a ellos, toda vez que ha quedado comprobado que la misma influye decididamente en las decisiones de consumo en el menor. Si bien – reiteramos – la publicidad no es materia de estudio de la presente tesis, no

podemos dejar de mencionar su importancia e incidencia al momento de restringir la comercialización de estos alimentos en los menores.

Pues bien, estas disposiciones en materia de educación, deporte, publicidad y observación científica, serían entonces las políticas complementarias que permitirían que la Ley alcance la finalidad propuesta.

Sin embargo, así como advertimos aciertos, también advertimos ciertos inconvenientes. Y es que no debemos soslayar el hecho que la Ley al señalar que la misma es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas que fabriquen “alimentos procesados” y que los quioscos 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”, nos prueba que dicha normativa tiene la particularidad de evidenciar fallas técnicas gravísimas que a la larga podría perjudicar negativa e injustificadamente el comercio de los alimentos procesados industrialmente. Nos explicamos:

En primer lugar, la Ley tiene un alcance ambiguo al tener por objeto disposiciones sobre “alimentos procesados”, definición que no está contenida en la misma (lo cual ya es grave), por lo cual el efecto de promover sus objetivos trazados se diluye como consecuencia de la falta de claridad en sus disposiciones. No obstante, reconocemos que esta dificultad se podría salvar si el Reglamento realiza una definición clara de lo que se debe entender como alimento procesado cuya venta no está permitido y de alimento mínimamente procesado, que como ya hemos explicado, sí está permitida su comercialización.

En segundo lugar, si bien la Ley tiene un glosario de términos donde define a la “alimentación saludable”, lo cierto es que toda definición relacionada a este tipo de productos deberían seguir los parámetros del Codex Alimentarius (en adelante, Codex). Sin embargo, ello no es posible porque en el propio Codex no existe una definición de “alimento saludable”; lo que sí existe en el Codex son directrices para el uso de las llamadas declaraciones nutricionales y saludables, que son – valga la redundancia y en líneas generales – declaraciones referidas a las propiedades

nutricionales que describe la función fisiológica del nutriente en el crecimiento, el desarrollo y las funciones normales del organismo; los efectos benéficos específicos del consumo de alimentos o sus constituyentes en el contexto de una dieta total sobre las funciones o actividades biológicas normales del organismo; propiedades relacionado al consumo de un alimento o componente alimentario, en el contexto de la dieta total, a la reducción del riesgo de una enfermedad o condición relacionada con la salud; entre otras.

Como se puede advertir, el Codex no establece qué es saludable o qué no lo es, o qué alimentos debe ingerir una persona (ya sea adulto, niño o adolescente). Por el contrario, lo que establece son directrices a fin de mostrar que ciertos alimentos son ricos en determinados insumos o que la ingesta de ciertos insumos reduce el riesgo de contraer ciertas enfermedades. Si nos preguntamos porque el Codex no define el “alimento saludable”, la respuesta es que sencillamente existen muchos factores detrás del cual un alimento puede ser saludable o no.

Al existir ambigüedad en su ámbito más importante, la Ley cae en el grave error de generalizar su ámbito de aplicación, creando incertidumbre respecto a que se debe entender como alimento saludable. Y es que en el Perú, el tratamiento de la comercialización de los alimentos procesados se efectúa en parámetros de inocuidad y no de una definición de “saludable”. Aquí, nos permitimos citar lo señalado en el Dictamen de la Comisión de Educación, Juventud y Deporte de fecha 4 de junio de 2012<sup>83</sup>, donde señala que respecto a los productos alimenticios industrializados provenientes de empresas formales que se ofertan en el mercado, estos están sometidos a las reglas de control de calidad dadas por la Dirección General de Salud Ambiental – DIGESA, que garantiza su calidad sanitaria e inocuidad. En consecuencia, sería una doble regulación que afecte la comercialización, la libertad de elección de los consumidores y la libertad de empresa, por lo que sugieren el archivamiento de la iniciativa.

---

83

[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01\\_2011.nsf/0/07912157e659a9c605257a140052d5b8/\\$FILE/00775DC10MAY040612.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/07912157e659a9c605257a140052d5b8/$FILE/00775DC10MAY040612.pdf) Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2014.



En efecto, el Decreto Supremo 007-98-SA – Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas, define a la inocuidad como aquél “exento de riesgo para la salud humana”. Por tanto, si los alimentos procesados cumplen con los requisitos de inocuidad establecidos en el citado Reglamento, entonces podemos concluir que los mismos – para la normatividad – no son *per se* dañinos para la salud, sino que ello dependerá de otros factores, tales como el exceso de consumo, falta de actividad física, entre otros; o dicho de otro modo, no nos encontramos ante un problema de definir que alimento es saludable o no, sino de saber balancear la ingesta de los mismos; en otras palabras, no estamos ante un problema de si consumir determinado alimento es saludable o no, sino de hábitos de consumo. De allí que somos de la opinión que, serán las normas complementarias referidas al deporte, educación, publicidad y observación científica, las que ayudarán decididamente a que la Ley contribuya a fomentar buenos hábitos alimenticios en los menores y con ello consiga las finalidades propuestas.

Un ejemplo de lo arriba señalado, lo podemos encontrar respecto del rol de la ingesta de estos alimentos en los problemas de salud que pueden desencadenar, como argumenta Juan Mendoza<sup>84</sup>, con la excepción de aquellas personas que padecen enfermedades del aparato endocrino, la obesidad es una elección individual debido a los malos hábitos alimenticios, al ser el resultado de consumir de manera sostenida y por largos períodos de tiempo, más calorías que las que se pueden quemar. Por ello, aumentar la ingesta promedio y reducir la actividad física de forma permanente son comportamientos que contribuyen al aumento de la prevalencia de la obesidad, siendo indispensable que las personas que la padecen mejoren sus hábitos alimenticios y lo complementen con actividad física y deporte.

De otro lado, el Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas exige que los productos alimenticios cuenten con registro sanitario<sup>85</sup>, las

---

<sup>84</sup> Juan Mendoza. “Hacia una política pública con respecto a la obesidad”. En: Comida chatarra, Estado y Mercado. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, 2014. (pp. 88.).

<sup>85</sup> Decreto Supremo 007-98-SA:  
**Artículo 7°.-** Vigilancia de la calidad sanitaria e inocuidad de los alimentos y bebidas industrializados

mismas que están supeditadas a la vigilancia que sobre ellas ejerce el Ministerio de Salud. Esta certificación de la calidad sanitaria e inocuidad se traduce en el otorgamiento de ciertas certificaciones sanitarias a favor de las empresas que fabrican alimentos procesados, tales como las referidas al Sistema de Análisis de Peligros y Puntos Críticos (Plan HACCP), los Principios Generales de Higiene del Codex Alimentarius (PGH), el Programa de Buenas Prácticas de Manipulación o Buenas Prácticas de Manufactura (BPM) y el Programa de Higiene y Saneamiento (PHS). Todas ellas reguladas en los artículos 58°, 58°-A, 58°-B y 59° del Decreto Supremo 007-98-SA<sup>86</sup>. Como vemos, la obtención del Registro Sanitario de un

---

La vigilancia de la calidad sanitaria e inocuidad de los alimentos y bebidas sujetos a Registro Sanitario está a cargo del Ministerio de Salud.

<sup>86</sup> Decreto Supremo 007-98-SA:

**Artículo 58°.-** Control de calidad sanitaria e inocuidad

Para el control de la calidad sanitaria e inocuidad de los alimentos y bebidas, en todo establecimiento de fabricación, elaboración, fraccionamiento y almacenamiento de alimentos y bebidas destinados al consumo humano, se deben aplicar los Principios Generales de Higiene del Codex Alimentarius, y cuando corresponda, adicionalmente el Sistema de Análisis de Peligros y Puntos Críticos de Control (HACCP), los cuales son los patrones de referencia para la vigilancia sanitaria.

La Autoridad de Salud de nivel nacional o la que ésta delegue otorgará las certificaciones sanitarias conforme a lo señalado en los artículos 58-A y 58-B del presente Reglamento.

**Artículo 58°-A.-** Certificación de la Validación Técnica Oficial del Plan HACCP

La certificación de la Validación Técnica Oficial del Plan HACCP expresa la verificación de la correcta aplicación del Sistema HACCP por cada línea de producción y en cada establecimiento de fabricación de alimentos y bebidas; la cual es otorgada por la Autoridad de Salud de nivel nacional o la que ésta delegue. (...)

La certificación de la Validación Técnica Oficial del Plan HACCP, tiene una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su otorgamiento. Es responsabilidad de la empresa mantener las condiciones sanitarias en las cuales se otorgó la certificación, durante el periodo de vigencia de la misma; así como contar con la certificación vigente permanentemente durante el ejercicio de su producción.

**Artículo 58°-B.-** Certificación de Principios Generales de Higiene del Codex Alimentarius (PGH)

Los Principios Generales de Higiene del Codex Alimentarius comprenden el Programa de Buenas Prácticas de Manipulación o Buenas Prácticas de Manufactura (BPM) y el Programa de Higiene y Saneamiento (PHS). (...)

La certificación se otorga por establecimiento de fabricación de alimentos y bebidas.

**Artículo 59°.-** Procedimiento para la aplicación del sistema HACCP

La aplicación del sistema HACCP en la industria de alimentos y bebidas, se hará con arreglo al siguiente procedimiento:

(...)

El seguimiento de la aplicación del sistema HACCP en las fábricas formará parte de las inspecciones periódicas que efectúe el organismo responsable de la vigilancia sanitaria de las fábricas de alimentos y bebidas. Las inspecciones sanitarias incluirán una evaluación general de los riesgos potenciales asociados a

producto faculta su fabricación o importación y comercialización por el titular del Registro. El titular del Registro Sanitario es responsable por la calidad sanitaria e inocuidad del alimento que libera para su comercialización y la autoridad de salud la encargada de vigilar dicha calidad e inocuidad a través de la emisión de las certificaciones señaladas en los párrafos precedentes. Por tanto, mientras las empresas que fabriquen y comercialicen esta clase de productos tengan registros sanitarios y todas las certificaciones que al respecto le otorgue la autoridad de la salud, entonces demostraría que dichos productos son inocuos y, por tanto, aptos para el consumo humano.

Ahora bien, que un alimento sea inocuo no significa que a la larga sea saludable, toda vez que – reiteramos – el problema no es que el alimento procesado industrialmente sea saludable, sino que se consuma en niveles adecuados, de tal forma que no contribuya al sobrepeso o la obesidad del niño. Consideramos importante esta precisión, no solo para clarificar conceptos, sino para demostrar una vez más que nos encontramos ante un problema de hábitos y no de característica del producto alimenticio.

Retomando el hilo del tema central, otro problema es que el hecho que la Ley disponga un "listado de alimentos adecuados para cada edad, basado en el reglamento", puede implicar que en todos los colegios del Perú se pretenda excluir la comercialización de los productos "no adecuados para cada edad", sin ningún sustento técnico o científico basado en razones de protección de la salud pública. No obstante, de momento sería injusto satanizar la Ley por este hecho, ya que existe la posibilidad que el Reglamento redacte un listado de alimentos siguiendo parámetros adecuados.

Por otro lado, la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley, establece que los parámetros técnicos sobre este tipo de productos deberán ser elaborados por el Ministerio de Salud vía reglamento y estarán basados en el

---

las actividades u operaciones de la fábrica respecto de la inocuidad de los productos que elabora y atenderán especialmente los puntos de control críticos.

“conjunto de recomendaciones emitidas por el organismo intergubernamental en salud: Organización Mundial de la Salud-Organización Panamericana de la Salud OMS – OPS”, cuando en realidad y dado que la regulación es sobre alimentos procesados industrialmente, somos de la opinión que los parámetros técnicos para su comercialización deberían basarse en las normas y recomendaciones del Codex y de la Food and Drug Administration (FDA) de los Estados Unidos de Norteamérica, tal como el Estado Peruano lo viene haciendo desde hace muchos años con el Reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas.

En cuanto a los alimentos con contenido de grasas trans, el reglamento establecerá un proceso gradual de reducción hasta su eliminación, conforme a los parámetros técnicos y plazos que establezca. No obstante, no debemos perder de vista que la Directriz CAC/GL 2-1985 del Codex recomienda su inclusión en el etiquetado nutricional pero en ningún momento recomienda su prohibición en el contenido del producto al no estar científicamente probado sus efectos negativos en la salud. Sin embargo y dado que es un tema controvertido aún en el ámbito científico, ya que existen múltiples estudios que recomiendan eliminarlas, somos de la opinión que aquí se debe aplicar el principio del interés superior del niño, por lo que lo dispuesto por la Ley en este extremo, es adecuado.

En adición a estos problemas conceptuales y técnicos, debemos añadir otros de índole práctico. Por ejemplo, el hecho que un menor ya no pueda adquirir este tipo de alimentos en su colegio, no significa que el padre este impedido de incluirlos en su lonchera, lo cual evidentemente arrojaría por la borda la finalidad de la Ley. Recordemos que la norma impide la venta de estos alimentos en los colegios, pero no prohíbe que los menores los lleven al colegio desde sus casas; además, nada impide que los menores adquieran estos productos en los alrededores del colegio antes de su ingreso, incluso a la salida del mismo.

Esta facultad de los padres de incluir la comida procesada industrialmente en la lonchera de los menores, se sustenta en el artículo 6° de la Constitución que señala que es derecho y deber de los padres “alimentar y educar” a sus hijos.

Desarrollando el contenido del mencionado precepto constitucional, el artículo 74° literal a) y f) del CNYA, establece que es derecho y deber de los padres respecto a sus hijos “velar por el desarrollo integral” y “representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil”. Vemos pues, como el fomento de la educación y el deporte – consignada también en la Ley – es fundamental para que los mismos modifiquen sus hábitos alimentarios.

Por tanto, queda claramente establecido que la Constitución y demás leyes vigentes relacionados a la protección del menor, deben interpretarse considerando que el derecho al libre desarrollo de la personalidad al que ya hemos hecho mención en el Capítulo II del presente documento, garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad, siendo derecho y deber de los padres velar por el desarrollo de la personalidad de sus hijos, educarlos, alimentarlos y representarlos en los actos de su vida civil mientras no sean mayores de edad.

Ahora, si bien la función de la patria potestad tiene como límite el interés superior de los hijos y su mayor beneficio posible, ya habíamos dejado en claro que en ciertos casos queda en manos del Estado la posibilidad de que se establezcan límites válidos a los progenitores mediante regulaciones, velando siempre por los intereses primarios del menor. No debemos olvidar que si bien los padres tienen el derecho de decidir que alimentos consumen sus hijos, la publicidad de estos influye decididamente en ellos, por lo que resulta razonable que el Estado intervenga de alguna manera en las decisiones de consumo de los niños, máxime si el lugar donde dicha decisión es tomada (colegios) está exento de la presencia y orientación de los padres.

Entonces, si bien la Ley contiene disposiciones poco claras y peligrosas, consideramos que la mayoría de ellas podrían ser resueltas al momento de elaborar el Reglamento, lo que mitiga una posible vulneración al derecho a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa. En tal sentido y toda vez que el Estado tiene la atribución constitucional de establecer ciertas limitaciones al

ejercicio de los citados derechos con el fin de salvaguardar el interés público, consideramos que las restricciones contenidas en Ley no genera obstáculos irrazonables al libre comercio de dichos productos, ya que no prohíbe su venta en todo el territorio nacional, sino que dicha restricción se limita exclusivamente en los colegios y por razones atendibles, máxime si la Ley permite la venta de alimentos mínimamente procesados. Igualmente, la creación de las políticas limitativas a la libertad de empresa contenida en la Ley es desarrollada de manera excepcional.

Por otro lado, recordemos que el Estado Social de Derecho reconoce el derecho fundamental a la protección de la salud, donde el Estado debe buscar que todas las personas tengan una mejor calidad de vida, siendo también una obligación del Estado velar dentro de los procesos de tutela de derechos, el cumplimiento de medidas razonables que solucionen el problema de salud pública, sin que ello conlleve impedimentos para el desarrollo económico, consiguiendo así un justo equilibrio entre el derecho a la salud y el de la promoción empresarial, máxime si por el principio de solidaridad este último (los empresarios) deben contribuir en lograr concretizar el objetivo del primero (la salud pública del menor). Esta razonabilidad la encontramos en los dispositivos de la Ley, tal como ya lo hemos desarrollado ampliamente en los párrafos anteriores.

Por lo tanto, sobre la base de lo señalado en los párrafos anteriores, consideramos que, ya que la Ley establece políticas acertadas en el ámbito de la currícula escolar, investigación y deporte, entonces la prohibición de este tipo de alimentos, en conjunto con otras medidas, sí resultaría idónea para proteger la salud de los menores y para reducir los costos de atención sanitaria que éstos puedan requerir. En consecuencia, la prohibición sí supera el subprincipio de idoneidad.

### **3.3.3 Respecto a si la Ley resulta necesaria para alcanzar los fines propuestos**

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 cuando menos igual idoneidad el fin constitucionalmente válido perseguido. Dicho de otra manera, las prohibiciones de comercializar alimentos procesados industrialmente en los colegios del país 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, la no discriminación y a la libre iniciativa privada y libertad de empresa que permitan alcanzar cuando menos con igual idoneidad o satisfacción la reducción sustancial del consumo de alimentos no saludables, protegiendo en igual grado la salud de los menores y reduciendo en igual dimensión los costos sanitarios del tratamiento de las enfermedades que el exceso de consumo de estos alimentos genera.

Respecto a la prohibición contenida en la Ley, consideramos que existen otras vías que sin llegar a vulnerar los citados derechos fundamentales, podrían alcanzar con igual o mejor éxito el fin perseguido por la Ley, cuyos promotores no han analizado al detalle todos los escenarios de su aplicación. Como apunta María Matilde Schwalb<sup>87</sup>, si bien el consumidor a priori es soberano y libre para decidir cómo alimentarse y a elegir entre todas las opciones que le da el mercado, la realidad condicionará finalmente la forma en que se alimentará. La comida rápida siempre es una tentación, por su inmediatez y ahorro de tiempo y esfuerzo en su consecución, además de su sabor atrapante y precios asequibles. Estos factores son determinantes sobre todo entre los niños y jóvenes que cuentan con ingresos limitados para dichos menesteres, por lo que no resulta sorprendente si eligen la comida procesada para alimentarse, habida cuenta que en la gran mayoría de los quioscos del país no cuenta con mayor variedad en su oferta alimentaria. Esto podría cambiar radicalmente si llega a implementarse una medida en que los quioscos cuenten también con comida saludable, mucho mejor si es a menor precio que la comida procesada, o estableciendo incentivos positivos para su consumo.

---

<sup>87</sup> María Matilde Schwalb. "Obesidad y malnutrición: ¿Y qué culpa tiene el márketing?". En: Comida chatarra, Estado y Mercado. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, 2014. (pp. 164 y ss.).

Complementando lo anteriormente expuesto, Liuba Kogan<sup>88</sup> señala que es todo un problema cambiar los hábitos alimenticios no saludables fuertemente arraigados en el seno de las familias (resulta mucho más práctico para los padres llenar la lonchera de sus hijos con comida chatarra que cocinar). Dichos hábitos, más que un componente racional, se fundan en la imitación y repetición de conductas (el componente cultural es clave), que se vuelven hábitos cuyo cambio requiere de mucho esfuerzo. Bajo este escenario, no significaría un gran problema que se prohíba la venta de alimentos procesados dentro de las instituciones educativas, ya que los padres o los mismos menores podrían agenciarse dichos alimentos en otros lugares, incluso en mercados informales (los comúnmente llamados mercados negros), dejando sin piso a la norma.

Como la experiencia nos dicta, no es descabellado pensar en el nacimiento de mercados informales liderados por personal del colegio o incluso por propios alumnos donde se expendan alimentos de dudosa calidad y sin las autorizaciones sanitarias correspondientes, todo ello sin la debida autorización del colegio, ni fiscalización de los propios padres y mucho menos del Estado a través de DIGESA. Recordemos que el mercado informal en las instituciones educativas es muy común en nuestro país, donde los profesores (sobre todo los estatales, donde estudian la mayoría de niños y jóvenes peruanos) venden toda clase de artículos a los alumnos, por lo que nada les impediría que a su lista de ventas agreguen el de alimentos prohibidos. Todo esto conllevaría a que la norma se torne inútil e inaplicable, es decir no necesaria para los fines propuestos. Nuevamente, acá entran a tallar las políticas educativas y publicitarias que promuevan la alimentación saludable, y no la mera y fácil prohibición.

Adicionalmente, aun si el Reglamento estableciera los mismos criterios de la OPS respecto a las cantidades de azúcares, grasas saturadas, ácidos grasos trans y sal que debería ingerir un menor para mantenerse saludable, lo cierto es que dicha disposición solo aplicaría para los alimentos industrializados y no para otros tipos de alimentos que no siendo procesados industrialmente, su excesivo consumo

---

<sup>88</sup> Liuba Kogan. “¿Es posible cambiar los hábitos alimenticios?: Una aproximación sociológica”. En: Comida chatarra, Estado y Mercado. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, 2014. (pp. 201 y ss.).



podrían exceder de dichos parámetros, evidenciando una distinción injustificada, o dicho de otro modo, incurriendo en un acto de discriminación.

Por las razones expuestas, rescatamos la idea propuesta de Richard H. Thales y Cass R. Sunstein<sup>89</sup>, quienes a través de su libro titulado “Nudge” nos da otro ejemplo que podría ser ilustrativo para el caso que nos ocupa; una directora del servicio de comedor del sistema escolar de cierta ciudad, tenía a su cargo cientos de colegios, y cientos de miles de niños utilizaban sus comedores cada día, un día tuvo la idea que sin cambiar los menús, llevarían a cabo un experimento en los colegios para determinar si la forma en que se coloca y se presenta la comida podría influir en las decisiones de los menores. En algunos casos, los postres estaban colocados al principio, en otros al final y en otros separados de los demás platos. La colocación de los distintos alimentos influenciaba en la decisión de consumo de los niños. Ahora bien, dicha influencia puede ser para mejor o para peor, por ejemplo, si colocamos los alimentos de determinada manera (por ejemplo, la zanahoria rallada al principio y las papas fritas al final) se podría aumentar el consumo de los alimentos sanos y el de disminuir el de los menos saludables.

Estos ejemplos y algunas experiencias en países extranjeros tal como ya lo hemos mencionado, nos demuestran que, sin llegar a vulnerar el libre desarrollo de los niños, ni prohibir la venta de cierto tipo de alimentos (como los procesados industrialmente), se puede influir positivamente en el comportamiento de los menores para tomar mejores decisiones de consumo. En dicho contexto, el Estado podría exigir que en los llamados quioscos saludables, se incluya un buen porcentaje de alimentos con bajas cantidades de calorías, azúcar y grasas, y en menor medida los alimentos ricos en dichos elementos (ya sean los procesados industrialmente, o no).

El hecho que el menor encuentre una mayor oferta de alimentos naturales en el quiosco de su colegio y a un precio razonable, podría servir como incentivo

---

<sup>89</sup> Richard H. Thales y Cass R. Sunstein. Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness. Santillana Ediciones Generales. 2009.

positivo para consumirlo, ello sin la necesidad de prohibir el consumo de los industrializados, que también estarían en la oferta pero en menor medida.

Obviamente esta medida, tendría que venir acompañada conjuntamente con otras, y aquí la Ley dispone también el cambio de la currícula escolar, modificaciones en la publicidad y el fomento del deporte. Considerando que el problema de la mala alimentación es uno de hábitos, entonces lo necesario para cambiarlos es aplicando políticas de educación, información, deporte y tal como proponemos privilegiar la oferta de la comida natural sobre la industrial. Todas ellas, aplicando en su conjunto y de forma planificada cumplirían a nuestro modo de ver de igual o mejor medida los fines propuestos por la Ley, sin vulnerar los ya antes citados derechos fundamentales.

#### **3.3.4 Respecto a si la Ley supera el principio de proporcionalidad en sentido estricto.**

Finalmente, el examen de proporcionalidad en sentido estricto buscará establecer si la medida legislativa de restringir la comercialización de alimentos industrializados en los colegios guarda relación razonable con el fin que se pretende alcanzar (principalmente, la protección de la salud del menor), a través de un balance de los costos y beneficios. Este subprincipio supone que mientras más intensa sea la intervención a los derechos fundamentales objeto de la presente tesis, tanto o mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención.

De este modo y tal como ya lo hemos desarrollado en los numerales precedentes, la Ley al no cumplir con el subprincipio de necesidad no genera certeza alta de que la intervención estatal a través de la Ley alcanzará el objetivo propuesto. Por lo tanto, la Ley tampoco aprueba el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto.

## CONCLUSIONES

La razón de ser de la presente tesis es esbozar una respuesta acerca de si las restricciones propugnadas por la Ley N° 30021 – Ley de Promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, son constitucionalmente aceptables y si existe una mejor alternativa de regulación sobre el particular.

En principio, como primera conclusión, podemos afirmar pacíficamente que el Estado Social de Derecho, consagrado en nuestra Constitución política vigente, permite que el Estado establezca restricciones válidas con la finalidad de garantizar la dignidad de la persona. En dicho contexto, es permitida la restricción de derechos fundamentales.

Asimismo, y como ya se ha detallado, la Economía Social de Mercado, como consecuencia lógica del Estado Social de Derecho, si bien se fundamenta en la libre iniciativa privada y libertad de empresa, acepta que ésta se restrinja cuando afecte el derecho de la salud.

Ya expusimos cómo dichas restricciones no significan necesariamente un atentado a la libertad individual de los niños y adolescentes, pues el Estado puede arrogarse la prerrogativa de regular que alimentos se pueden comercializar en los colegios y cuáles no, en determinadas circunstancias y con la debida fundamentación. Toda vez que el niño y adolescente, tiene una condición de vulnerabilidad, el Estado Social de Derecho está válidamente facultado de adoptar medidas paternalistas que garanticen el derecho a vivir en condiciones óptimas de salud.

Por tanto, arribamos a una segunda conclusión, que bajo las circunstancias expuestas, si bien la Ley goza de una finalidad constitucionalmente válida y logra ser idónea, no alcanza a ser necesaria para alcanzar los fines propuestos. Ello porque consideramos que existen otras vías para alcanzar con igual o mejor éxito el fin perseguido por la

Ley, cuyos promotores y operadores no han analizado al detalle todos los escenarios de su aplicación.

Nuestra propuesta es que los quioscos cuenten también con una alternativa de comida saludable, mucho mejor si es a un precio competitivo, y estableciendo incentivos positivos para su consumo. Dicha medida sería mucho menos restrictiva y podría alcanzar en igual o mayor medida la finalidad de la Ley. Incluir en los llamados quioscos saludables, alimentos bajos en calorías, azúcar y grasas, y en menor medida los alimentos ricos en dichas características, creemos que podría influenciar positivamente en el hábito de consumo del niño, como lo respalda la experiencia internacional.

Lógicamente, una medida como la que propugnamos debe ir acompañada de los pertinentes cambios en la currícula escolar, y un manejo publicitario estatal acorde a las circunstancias, destinado tanto a los padres de familia como (y sobre todo) a los menores, más el agregado del fomento del deporte que ya la Ley dispone.

En conclusión, la Ley tiene un fin lícito, aunque no alcanza ser necesaria para lograr tal finalidad. La aplicación de nuestra propuesta en conjunto con medidas públicas en materia de educación, publicidad y deporte que también lo desarrolla la Ley, podría – sin necesidad de restringir derechos fundamentales – alcanzar el objetivo de mejorar la salud del menor, modificando sus hábitos alimenticios.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

Magdalena Correa Henao. “Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho”. 1ra. Edición, 2008. Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia.

Alfonso Gándara Feijoo. “Del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho”. 1ra. Edición, 1983. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Mérida – Venezuela.

Víctor García Toma. “Teoría del Estado y Derecho Constitucional”. 4ta. Edición, 2014. Adrus Editores, Lima – Perú.

Beatriz Gonzáles Moreno. “El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales”. 1ra. Edición, 2002. Editorial Civitas Ediciones S.L., Madrid – España.

Magdiel Gonzáles Ojeda. “Historia de las ideas políticas”. 1ra Edición, 2004. Palestra Editores, Lima- Perú.

María del Pilar Hernández Martínez. “Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos”. 1ra. Edición, 1997. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F. – México.

Baldo Kresalja y César Ochoa. “Derechos Constitucional Económico”. 1ra. Edición, 2009. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú.

Víctor Hugo Montoya Chávez. “Derechos Fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho”. 1ra. Edición, 2010. Gaceta Jurídica, Lima – Perú.

Manuel García Pelayo. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”. En: Manuel Ramírez. Estudios sobre la Constitución española de 1978. 1ra. Edición, 1979. Libros Pórtico, Zaragoza – España.

Marcelo F. Resico. “Introducción a la Economía Social de Mercado”. 1ra. Edición, 2011. Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires – Argentina.

Marcial Rubio Correa. “La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”. 1ra. Edición, 2005. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú.

Juan Manuel Sosia Sacio. “Derechos Fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho”. 1ra. Edición, 2010. Gaceta Jurídica, Lima – Perú.

Richard H. Thales y Cass R. Sunstein. Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness. Santillana Ediciones Generales. 2009.

## ARTÍCULOS

Luis Villar Borda. “Estado de Derecho y Estado Social de Derecho”. En: Revista Derecho del Estado N° 20, diciembre 2007, Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia.

Fernando Gamarra Rubio y Milagros Escribens Coello. “Interés superior del niño: estudio doctrinal y normativo”. En: Revista Normas Legales, Volumen III, noviembre de 2003, y en: Niño: razón y libertad. 1ra. Edición, 2009. Jurista Editores, Lima – Perú.

César García Novoa. “La doctrina del principio de solidaridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. En: Revista Peruana de Derecho Tributario N° 11, 2009, Universidad San Martín de Porres. Lima – Perú.

Emilio García. “Una aproximación a la Ley de promoción de la alimentación saludable”. En: Comida chatarra, Estado y Mercado. 1ra. Edición, 2014. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, Lima – Perú.

Liuba Kogan. “¿Es posible cambiar los hábitos alimenticios?: Una aproximación sociológica”. En: Comida chatarra, Estado y Mercado. 1ra. Edición, 2014. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, Lima – Perú.

Baldo Kresalja. “La libertad de empresa, fundamento del sistema económico constitucionalizado”. En: Ensayos de Derecho Público Económico, Tomo I, 2008, Palestra Editores. Lima – Perú.

Juan Mendoza. “Hacia una política pública con respecto a la obesidad”. En: Comida chatarra, Estado y Mercado. 1ra. Edición, 2014. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, Lima – Perú.

Cecilia O’Neill de la Fuente. “Paternalismo jurídico y alimentación saludable”. En: Comida chatarra, Estado y Mercado. 1ra. Edición, 2014. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, Lima – Perú.

María Matilde Schwalb. “Obesidad y malnutrición: ¿Y qué culpa tiene el marketing?”. En: Comida chatarra, Estado y Mercado. 1ra. Edición, 2014. Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, Lima – Perú.

## JURISPRUDENCIA

Expediente N° 0014-2002-AI/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>).

Expediente N° 0016-2002-AI/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.html>)

- Expediente N° 0649-2002-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00649-2002-AA.html>).
- Expediente N° 1429-2002-HC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01429-2002-HC.html>).
- Expediente N° 0008-2003-AI-TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>).
- Expediente N° 2945-2003-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.html>).
- Expediente N° 0001-2004-AI (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00001-2004-AI%2000002-2004-AI.html>).
- Expediente N° 0045-2004-AI (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html>).
- Expediente N° 0048-2004-PI (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>).
- Expediente N° 1711-2004-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01711-2004-AA%20Resolucion.html>).
- Expediente N° 2016-2004-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.html>).
- Expediente N° 2064-2004-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02064-2004-AA.html>).
- Expediente N° 2868-2004-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html>).



Expediente N° 3330-2004-AA (<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.html>).

Expediente N° 1417-2005-AA/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-aa.html>).

Expediente N° 7320-2005-AA (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07320-2005-AA.html>).

Expediente N° 0004-2006-PI (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>).

Expediente N° 4637-2006-PA/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04637-2006-AA.html>).

Expediente N° 1575-2007-PHC/TC ([http://www.tc.gob.pe/tcaldia\\_sentencias/magistrado\\_mesia/Derecho\\_Libre\\_Desarrollo\\_Personalidad.pdf](http://www.tc.gob.pe/tcaldia_sentencias/magistrado_mesia/Derecho_Libre_Desarrollo_Personalidad.pdf))

Expediente N° 1972-2007-AA/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01972-2007-AA.pdf>).

Expediente N° 00032-2010-PI/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.html>).

Expediente 201-2008/CCD ([http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc\\_Jurisprudencia/documentos/1-93/2010/Re3134.pdf](http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2010/Re3134.pdf))

## PÁGINAS WEB

Dictamen de la Comisión de Educación, Juventud y Deporte de fecha 4 de junio de 2012 ([http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01\\_2011.nsf/0/07912157e659a9c605257a140052d5b8/\\$FILE/00775DC10MAY040612.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/07912157e659a9c605257a140052d5b8/$FILE/00775DC10MAY040612.pdf))

Dirección Nacional de Salud Ambiental – DIGESA (<http://www.digesa.sld.pe/>).

Documento “Recomendaciones de la Consulta de Expertos de la Organización Panamericana de la Salud sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños en la Región de las Américas” ([http://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=18285&Itemid](http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=18285&Itemid)).

Entendiendo nuestros alimentos, herramientas de comunicación (<http://www.foodinsight.org/Content/5519/UnderstandingOurFoodSpanish.pdf>)

Estrategia mundial sobre régimen alimentario, actividad física y salud – OMS (<http://www.who.int/dietphysicalactivity/es/>)

Informe del Ministerio de Salud sobre la comida chatarra ([http://www.minsa.gob.pe/portada/Especiales/2012/ComeRicoComeSano/archivos/articulo\\_comida\\_chatarra.pdf](http://www.minsa.gob.pe/portada/Especiales/2012/ComeRicoComeSano/archivos/articulo_comida_chatarra.pdf))

Proyecto de Ley 1038-2011-CR y Dictamen de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos. Período anual de sesiones 2011-2012. (<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>)

Reporte del INS sobre la regulación de la publicidad en las comidas rápidas: (<http://www.ins.gob.pe/repositorioaps/0/4/jer/evidencias/Reporte%20-%20Eficacia%20de%20la%20regulaci%C3%B3n%20de%20la%20publicidad%20de%20comida%20rapida.pdf>)